

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO v. 1076

(Ano XIV)

(19/03/2022)

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. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

**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**: Bacharelada 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](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



**Bastam os indícios de autoria e prova da materialidade para levar o indivíduo a júri: nova injustificada e ilegal negativa de vigência à lei**

*Sidio Rosa de Mesquita Júnior, 07.*

### ARTIGOS

**A dignidade da pessoa humana no regime jurídico-administrativo**

*Gilvan Carneiro de Andrade Filho, 15.*

**Alguns aspectos da teoria da complexidade no Direito Ambiental**

*João Carlos Parcianello, 35.*

**O procedimento judicial de conciliação e repactuação de dívidas instituído pela Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021**

*Antônio Carlos Rodrigues Aragão Filho, 47.*

**Fraude paternal: uma lacuna do Direito**

*Eduardo Luiz Santos Cabette e Bianca Cristine Pires Dos Santos Cabette, 59.*

**Colisões entre princípios: uma análise da Teoria de Robert Alexy**

*Gilvan Carneiro de Andrade Filho, 80.*

**Memória industrial, pertencimento rural, identidade urbana e laços afetivos enquanto patrimônios culturais no tempo e no espaço: uma reescrita do histórico da Vila de Marzagão, distrito de Carvalho de Brito, sudoeste de Sabará - MG (1980-2000)**

*Vagner Luciano de Andrade, 96.*

**A estrita observação do princípio da separação de poderes como uma garantia fundamental para se efectivar a Justiça Constitucional angolana**

*Wilson Carlos Mucapola, 122.*

**Concurso de preferência entre pessoas jurídicas de direito público: overruling no Supremo Tribunal Federal**

*Suzana Maurício Nogueira, 160.*

**O uso medicinal da cannabis frente à mora legislativa**

*Felipe Eduardo Heringer Satil, 175.*

**Breves Anotações Sobre a Cooperação Jurídica Internacional na Convenção de Budapeste e a Investigação e Persecução de Crimes Cibernéticos**

*Júnior da Silva Garcez, 182.*

**O papel do legislador como ponte entre o direito natural e o direito positivo: uma visão contemporânea da ética aristotélica**

*Luciana Heloan Costa Ribeiro, 207.*

**Uma década depois: reflexos do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277**

*Suzana Maurício Nogueira, 223.*

**A possibilidade da adoção ou não da teoria da cegueira deliberada no**

*Lucas Medeiros de Moura Barreto Alves, 240.*

**Uma análise acerca da equiparação da união estável ao casamento**

*Erika Caroline Feijão Bezerra Mesquita, 252.*

**Reflexões sobre políticas públicas penitenciárias em retórica ao estado de coisas inconstitucional instalado nos cárceres do Brasil**

*Giliarde Benavinto Albuquerque Cavalcante Virgulino Ribeiro Nascimento e Gama. 283.*

## **BASTAM OS INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE PARA LEVAR O INDIVÍDUO A JÚRI: NOVA INJUSTIFICADA E ILEGAL NEGATIVA DE VIGÊNCIA À LEI**

**SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR:** Procurador Federal; Concluiu o Curso de Formação de Oficiais (APMG) e Graduou-se em Direito (UniCEUB); Especialista em Direito Penal e Criminologia (UniCEUB); e em Metodologia do Ensino Superior (UniCEUB); Mestre (UFPE) e Doutor em Direito (UNZL); Professor, Procurador Federal e Advogado; Autor dos livros "Prescrição Penal", "Execução Criminal: Teoria e Prática" e "Comentários à Lei Antidrogas: Lei n. 11.343, de 23.8.2006" (Editora Atlas); e de vários artigos jurídicos.

### **1. INTRODUÇÃO**

Algumas decisões dos tribunais brasileiros enojam, isso no sentido de provocar tristeza profunda, semelhante àquela que gera a licença nojo, em face do luto pela perda, por exemplo, de ascendente ou descendente (CLT, art. 473, inc. I). Isso já mencionei noutras publicações.

No caso vertente, menciono absurda declaração de inconstitucionalidade às avessas, feita pela 1ª Turma do STF, *in verbis*:

**EMENTA:** Processual penal. Agravo regimental em *habeas corpus*. Homicídio qualificado. Sentença de Pronúncia. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fatos e provas. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que bastam a prova da materialidade e os indícios da autoria para levar o indivíduo a julgamento pelo Tribunal do júri, uma vez que as dúvidas quanto à certeza do crime e da autoria deverão ser dirimidas durante o julgamento perante aquele tribunal, já que a sentença de pronúncia não faz juízo definitivo sobre o mérito das imputações e sobre a eventual controvérsia do conjunto probatório. Nesse sentido: HC 95.549, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia. 2. Para chegar à conclusão diversa das instâncias antecedentes, seria necessário o reexame do conjunto

fático-probatório dos autos, o que não é possível na via restrita do *habeas corpus*. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>1</sup>

A 1ª Turma do STF não pode declarar inconstitucionalidade de lei. Ainda que a decisão seja unânime, como foi a transcrita, não terá o *quorum* mínimo, exigindo a remessa ao Plenário do STF.

Dispõe o Código de Processo Penal:

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Parágrafo único. Enquanto não ocorrer a extinção da punibilidade, poderá ser formulada nova denúncia ou queixa se houver prova nova.

Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

I – provada a inexistência do fato;

II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;

III – o fato não constituir infração penal;

IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do *caput* deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no *caput* do art. 26 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

.....

Art. 418. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante da acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave.

Art. 419. Quando o juiz se convencer, em discordância com a acusação, da existência de crime diverso dos referidos no § 1º do art.

---

<sup>1</sup> STF. 1ª Turma. HC 207.503 AgR. Min. Roberto Barroso, julgamento 14.2.2002, DJe 17.2.2022. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759215530>>. Acesso em: 7.3.2022, à 7h.

74 deste Código e não for competente para o julgamento, remeterá os autos ao juiz que o seja.

Parágrafo único. Remetidos os autos do processo a outro juiz, à disposição deste ficará o acusado preso.

Somente a dúvida autorizará a pronúncia do acusado, não devendo o juízo do tribunal do júri expor eventual certeza sobre a prática do crime pelo pronunciado, a fim de evitar o induzimento do povo, o qual, por intermédio do conselho de sentença, será o *iudicium causae*, o que se infere do art. 413, § 1º, do CPP.

O art. 414 transcrito versa sobre a impronúncia, o qual não traz maiores complicadores, mas a decisão nega ao Juiz o poder de absolver sumariamente (art. 415) ou de fazer operar a desclassificação (artigos 418 e 419). De uma forma peculiar, o STF declara a inconstitucionalidade de tais artigos.

## **2. A DENÚNCIA E A QUEIXA DEVEM NARRAR CRIME NÃO APENAS INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DE EVENTUAL CRIME**

A petição inicial em matéria criminal será uma denúncia, elaborada por Membro do Ministério Público, ou uma queixa, elaborada por Advogado, essa na ação criminal de iniciativa privada. Ocorre que a doutrina e a jurisprudência informam que para os momentos de oferecimento da denúncia e da decisão de pronúncia, são suficientes os indícios de autoria e a prova da materialidade.

Com Afrânio Silva Jardim rejeitamos essa posição da doutrina dominante, afirmando:

Aqui nos parece residir o equívoco maior, pois a divisão da infração penal em elementos ou requisitos tem uma finalidade meramente metodológica na ciência penal. O crime é um todo indivisível e o Estado somente poderá, processualmente, ver acolhida a sua pretensão punitiva se provar que o réu praticou uma conduta típica, ilícita e culpável, vale dizer, este “todo indivisível”. Qualquer presunção, neste particular, somente pode ser reconhecida se estiver determinada na lei, o que não ocorre no Direito dos povos cultos.<sup>2</sup>

E, sendo ainda mais claro:

Desta maneira, sustentamos enfaticamente que a acusação penal deve “alegar” (*rectius*, atribuir ao réu) não só um fato típico mas

---

<sup>2</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 207.

também a sua ilicitude e reprovabilidade. A tipicidade é tomada aqui tanto no seu aspecto objetivo como subjetivo (dolo).<sup>3</sup>

O CPP preceitua:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

O sistema da nossa processualística criminal é *misto*, sendo a fase da investigação criminal *inquisitiva*, enquanto a judicial será acusatória, o que significa que uma parte acusará, a outra se defenderá e um terceiro (Juiz), decidirá. Com isso, a iniciativa oficial prevista no artigo transcrito deverá ser excepcional e supletiva.

Com propriedade, Damásio Evangelista de Jesus afirmava:

O delito é um todo, não podendo ser dividido em partes, como se fosse uma fruta cindida em pedaços. O crime é um fato a que se agregam características. Pode-se falar, então, em requisitos ou características do delito, não em elementos.<sup>4</sup>

No entanto, com base em perspectivas simplistas, bancas examinadoras de concursos públicos consideram correto afirmar que para o recebimento da denúncia e para a decisão de pronúncia são suficientes os elementos objetivos do crime, eventual excludente de ilicitude ou culpabilidade deverão ser provados no curso do processo.

Obviamente, em situações grosseiras, se admite flexibilizar, como, por exemplo, eventual denúncia contra menor de 18 anos será rejeitada e os autos encaminhados à Vara da Criança e do Adolescente para o procedimento próprio perante o juízo competente. Ocorre que não deve ser assim.

### **3. IN DUBIO PRO REO E IN DUBIO PRO SOCIETATE**

---

<sup>3</sup> Ibidem. p. 210.

<sup>4</sup> JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 152.



Afirma-se que o *in dubio pro reo* (a dúvida se revestirá em favor do réu) é um verdadeiro princípio da processualística criminal, isso porque ela se orienta pela verdade material e pelo princípio *favor rei*. No entanto, a fase postulatória do procedimento, prevalecerá o *in dubio pro societate* (a dúvida se revestirá em prol da sociedade).

O procedimento dos crimes dolosos contra a vida (júri), é composto de duas fases. A primeira fase, *iudicium accusationis*, se dará perante o juízo do tribunal do júri, na qual o Juiz singular verificar a plausibilidade da acusação. Sendo plausível, ele pronunciará o acusado e o remeterá ao povo (*iudicium causae*). No entanto, se o Juiz se convencer da inexistência de indícios de autoria ou da prova da materialidade, deverá impronunciar o réu. Podendo ainda, tendo certeza, o absolver sumariamente ou desclassificar para crime menos grave da competência do júri e, até, fazer operar *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli* (CPP, artigos 383-384 e 418-419) para remeter a outro juízo.

A decisão de pronúncia, na redação original do CPP era denominada de *sentença de pronúncia*. Ocorre que ela não é sentença em sentido estrito, sendo uma decisão interlocutória mista em que o Juiz encerra uma fase do processo. Assim, diz-se que ela se orienta pelo *in dubio pro societate*, ou seja, estando em dúvida o Juiz deverá pronunciar o acusado.

Houve um caso famoso em que alguns rapazes, sendo um adolescente, queimaram um silvícola em uma praça de Brasília. A então Juíza Titular da Vara do Tribunal do Júri fez operar a desclassificação, decisão que foi mantida pelo TJDF.T.5 No entanto, em sede de recurso especial, o STJ decidiu:

**EMENTA:** PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TEMPESTIVIDADE. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 400-STF. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. PRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. REVALORAÇÃO E REEXAME DO MATERIAL COGNITIVO.

---

5 TJDF.T. 2ª Turma Criminal. RSE n. 1.826/1997:

**EMENTA:** PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO DOLOSO. DESCLASSIFICAÇÃO. LESÕES CORPORAIS SEGUIDAS DE MORTE. PRETERDOLOSO.

Se a intenção dos agentes foi o de provocar um susto na vítima, ao acordar com o pano que cobria as suas pernas em chamas e não o de causar a sua morte, diante fazerem-se presentes uma conduta dolosa – atear fogo -, e outra culposa – a morte -, derivada da violação do dever de cuidado, resta configurado o crime preterdoloso que impõe se desclassifique a imputação de homicídio doloso para lesões corporais seguidas de morte. (*in* STJ. 5ª Turma. REsp n. 192.049-DF – 98/76411-9. Min. Felix Fischer. Julgamento, em 9.2.1999. Relatório, p. 11. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=199800764119&dt\\_publicacao=01/03/1999](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199800764119&dt_publicacao=01/03/1999)>. Acesso em 7.3.2022, às 10h24)

I - Embora o Ministério Público, na esfera criminal, não possua o benefício do prazo em dobro, a sua intimação, entretanto, é sempre pessoal, na pessoa do agente do "parquet" com atribuições para recebê-la e não na de funcionário da Instituição (cfe. art. 41, inciso IV, da Lei n. 8.625/1993, art. 18, inciso II, alínea "h" da LC 75/1993 e art. 370 § 4º do CPP).

II - É de ser reconhecido o "prequestionamento" quando, no acórdão recorrido, a "quaestio iuris" está suficientemente ventilada juntamente, ainda, com dispositivos legais pertinentes.

III - A Súmula n. 400-STF não é óbice para o recurso especial e, "in casu", concretamente, ela seria inaplicável.

IV - A decisão, na fase da pronúncia, aprecia a admissibilidade, ou não, da acusação, não se confundindo com o denominado "iudicium causae".

V - A desclassificação, por ocasião de "iudicium accusationis", só pode ocorrer quando o seu suporte fático for inquestionável e detectável de plano.

VI - Na fase da pronúncia (*iudicium accusationis*), reconhecida a materialidade do delito, qualquer questionamento ou ambiguidade faz incidir a regra do brocardo "in dubio pro societate".

VII - Detectada a dificuldade, em face do material cognitivo, na realização da distinção concreta ente dolo eventual e preterdolo, a acusação tem que ser considerada admissível.

Recurso conhecido e provido.6

Se os recursos especial e extraordinário não se prestam ao reexame da prova, obviamente o STJ violou a sua Súmula 7 ao remeter o caso ao julgamento do tribunal do júri, visto que o exame da prova foi feito pela Juíza do Tribunal do Júri de Brasília e a decisão, no mérito, foi confirmada pela 2ª Turma Criminal de Brasília.

---

6 STJ. 5ª Turma. REsp 192049/DF (1198/0076411-9). Min. Felix Fischer. Julgamento, em 9.2.1999. DJ 1.3.1999, p. 367. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=199800764119&dt\\_publicacao=01/03/1999](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199800764119&dt_publicacao=01/03/1999)>. Acesso em: 7.3.2022.

Tendo o Juiz absoluta certeza da inexistência de *necandi animus* deve fazer operar a desclassificação. Nesse sentido:

EMENTA: Recurso em sentido estrito. Homicídio doloso. Pronúncia. Elemento subjetivo. Fundamentação. Atropelamento. Prática de “pega” em via pública.

1. Deve o juiz, ao pronunciar o réu por homicídio, indicar os elementos que o convenceram de ter ele agido dolosamente.
2. Na inexistência de prova de que o agente tenha consentido ou se conformado com a morte da vítima, atropelada com seu veículo durante “pega” em via pública, quando desenvolvia velocidade excessiva para o local, afasta-se a competência do tribunal do júri para o julgamento por não se tratar de homicídio doloso.<sup>7</sup>

A ideia de que o Juiz deve zelar para que não seja afastada a competência constitucional dos jurados,<sup>8</sup> não deve ceder lugar a levar todos os fatos às incertezas do tribunal popular. Sobre isso, tratando da classificação tripartida das infrações criminais, Basileu Garcia afirmou:

Na França, por exemplo, os crimes são julgados pelo júri, os delitos competem aos tribunais correccionais e as contravenções, aos tribunais de polícia. Contraditoriamente, os delitos, apesar de menos graves que os crimes, são apreciados com maior rigor, sem as incertezas comuns na justiça popular. Daí o frequente uso, pela magistratura, do “expediente oficioso da correccionalização”, ou seja a desclassificação de crimes, algo forçada, para delitos, pelo não reconhecimento de indissimuláveis circunstâncias agravadoras da ocorrência *sub judice*.<sup>9</sup>

---

7 TJDF. 2ª Turma Criminal. RSE n. 1999.01.1.057132-5. Desembargador de Justiça Getúlio Pinheiro. Julgamento, em 7.6.2001. Disponível em: <[https://www.tjdft.jus.br/institucional/gestao-do-conhecimento/centro-de-memoria-digital/documentos/jurisprudencial/copy\\_of\\_141359.pdf](https://www.tjdft.jus.br/institucional/gestao-do-conhecimento/centro-de-memoria-digital/documentos/jurisprudencial/copy_of_141359.pdf)>. Acesso em: 7.3.2022, às 11h.

8 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1229.

9 GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. v.1, t. 1, p. 198.

Em tempos em que as incertezas fazem “é o caos que é regra”,<sup>10</sup> temos que tomar muito cuidado com soluções simplistas que hipervalorizam a remessa de casos que envolvam mortes ao júri.

Os discursos de ódio e as intolerâncias que grassam em nosso meio tornam o tribunal do júri um ambiente de grande risco para aplicação de penas severas e descabidas.

#### **4. CONCLUSÃO**

Não podemos nos olvidar de que o momento é de grande intolerância social, tornando o tribunal do júri severo. Isso tenho constatado na prática da advocacia criminal que exerço.

O tribunal do júri deveria se orientar pelo *in dubio pro reo*. Não tem sido assim. O povo tem optado pelo *in dubio pro societate*, sendo difícil alterar a sua decisão em sede recursal, em face da soberania do veredito do tribunal popular.

O exposto nos leva a refutar arestos simplistas como aquele que nos estimulou à construção deste artigo, visto que não se pode negar eficácia aos dispositivos legais que autorizam a impronúncia, a absolvição sumária e a desclassificação.

---

<sup>10</sup> LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 58.

## **A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO**

### **GILVAN CARNEIRO DE ANDRADE FILHO:**

Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2020), e pós-graduado em Direito Público e Direito Privado pela Universidade Federal do Piauí (2015). Foi professor do Curso de Pós-graduação em "Direito Médico e Proteção Jurídica à Saúde" da Escola do Legislativo do Estado do Piauí (2020), membro da Comissão de Direito Sindical da OAB-PI, e atualmente é advogado do Sindicato dos Médicos do Estado do Piauí.

**RESUMO:** Tomando por base a elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês, nasceu o Direito Administrativo, em meados do século XVIII. Porém, com o passar dos anos, pouco se debateu sobre os valores que lhe edificaram, de tal modo que, atualmente, este é geralmente associado a princípios como a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, mas raramente correlacionado à dignidade da pessoa humana, que é mais comumente entendida como um preceito de cunho constitucional e penal. Nesse sentido, o presente estudo analisa, de forma qualitativa e exploratória, a aplicabilidade deste princípio no regime jurídico-administrativo, investigando seu papel perante o administrativismo inaugural e contemporâneo, com o intuito de entender sua relação perante a Administração Pública, e apontar para a necessidade de se compreender este campo jurídico sob uma óptica mais humana.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana. Metaprincípio. Regime jurídico administrativo.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Direitos Fundamentais e o Estado Democrático de Direito. 3. Considerações sobre as constituições brasileiras. 4. A dignidade da pessoa humana e o nascimento do Direito Administrativo. 5. A dignidade da pessoa humana. 6. O metaprincípio da dignidade da pessoa humana e o regime jurídico administrativo. 7. Conclusão. 8. Referências.

## **1 INTRODUÇÃO**

Narra Jean Rivero<sup>11</sup>, que o surgimento do Direito Administrativo remonta o marco histórico da Revolução Francesa, com a superação do desarranjo típico do direito consuetudinário (baseado nos costumes), por uma nova concepção política que conferia autoridade à lei, que, por sua vez, seria elaborada pelo legislativo.

Contudo, a doutrina jurídica, à época, apoiava um positivismo jurídico exacerbado, que defendia uma absoluta supremacia da lei escrita, de forma que os tribunais ficariam com a mera função de interpretação e aplicação dessa lei, concebendo um cenário confuso, dividido entre regra de direito e lei escrita.

Quando se afirma que a lei não pode ter outra fonte, além da vontade do legislador, isso remete à conclusão de que a norma, nada mais é, do que um ato de comando do Poder Legislativo, que acabava sobrecarregado com o monopólio desse poder-dever de criação dessas regras de direito.

No século XX, a doutrina do direito privado francês, bem como do direito administrativo, ainda seguia esse positivismo jurídico, até que ele foi relativizado, especialmente quanto ao papel do juiz, porque admitiu-se que suas interpretações poderiam transformar a regra escrita, passando a aceitar a jurisprudência como uma fonte secundária do direito.

Então, a jurisprudência passou a ter um papel significativo pra construção do Direito administrativo, porque sua base tem origem nos julgados proferidos pelo Conselho de Estado Francês, consolidados na “Coleção de Decretos do Conselho de Estado”.

Mas as fontes do direito administrativo francês não eram apenas as leis e jurisprudências, mas também os princípios gerais (um corpo de regras não escritas que vinculam as atividades administrativas, tanto quanto a lei).

Voltando o olhar para o administrativismo pátrio, é notório que este não se utiliza desses mesmos princípios gerais franceses, mas, ainda assim, ele segue alguns preceitos jurídicos, compendiados ao longo do ordenamento jurídico nacional, que norteiam sua atividade.

Dentre esses princípios, é comum elencar a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, que, por estarem compendiados no artigo 37 da Carta Magna, são corriqueiramente associados à atividade administrativa do Estado.

---

<sup>11</sup> RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporaneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

Ocorre que o texto constitucional carrega consigo uma carga principiológica muito mais extensa, cuja abrangência, frente ao discurso do novo constitucionalismo, tem sido constantemente motivo de debate.

É o caso de alguns princípios basilares, como a dignidade humana, que é rotineiramente associada ao Direito Constitucional e Penal, mas cuja qualidade de alicerce axiológico dos sistemas constitucionais contemporâneos está enraizada no discurso jurídico ocidental.

Considerando o papel decisivo que este princípio, em específico, desempenha no ambiente sociopolítico, como balizador da sociedade e dos poderes constituídos, o presente trabalho busca identificar a aplicabilidade do princípio da dignidade humana no regime jurídico-administrativo (sem, contudo, ambicionar o esgotamento do tema), para, assim, melhor entender seu papel perante a Administração Pública.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Para compreender o surgimento do princípio constitucional da dignidade humana (nos termos da nossa Constituição Cidadã), se faz necessário entender, anteriormente, a sua relação com o Estado Democrático de Direito e o movimento democrático. Assim, antes de adentrar, especificamente, na abordagem da dignidade humana, é importante traçar alguns aspectos preliminares, partindo da noção de Estado Democrático de Direito.

Sobre democracia, o professor José Afonso da Silva<sup>12</sup> lhe classifica como um conceito histórico. Não sendo um fim, mas, sim, um meio (e um instrumento) de realização de valores essenciais de convivência humana, que acabam se materializando naquilo que nós conhecemos como os “direitos fundamentais do homem”.

Sob esse aspecto, o referido autor aponta que a democracia, não seria um mero conceito político abstrato (e estático), mas, sim, um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando ao decorrer da história, constituindo uma espécie de processo de convivência, primeiramente para denotar a sua historicidade, e depois pra realçar que, além de ser uma relação de poder político (ou seja, um regime político), ela é, também, um modo de vida social que preza pelo respeito e pela tolerância entre os conviventes. Então, a democracia tem uma relação estrita com a formatação dos direitos fundamentais, e da própria dignidade da pessoa humana, consagrando-se como um instrumento de realização dos valores essenciais para a convivência humana, e a formatação dos direitos fundamentais.

---

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 125-126.

Já o Estado Democrático de Direito, por sua vez, busca realizar as perspectivas sociais, se utilizando de instrumentos que possibilitem a concretização da justiça social. Desse modo, o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito dele, respeitando a pluralidade de ideias, em uma sociedade livre, justa, solidária, e fundada na dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, pode-se dizer que o ele mira na justiça social, e acaba acertando na dignidade da pessoa humana, e nos direitos fundamentais<sup>13</sup>.

Por tal motivo, o Estado Democrático de Direito deve ser encarado como uma conquista, haja vista que traz a ideia de lutas sociais seculares pela garantia de direitos, e remete à uma vedação ao retrocesso (ao menos em matéria de direitos fundamentais). Nesse sentido, Marco Antônio Marques da Silva<sup>14</sup> exemplifica esse fenômeno nos direitos humanos, que são costumeiramente fragmentados em dimensões, de forma que, com a constatação de mais um direito, acaba-se alterando a compreensão da amplitude de um outro direito (que era anteriormente positivado).

Verifica-se, portanto, que a vedação ao retrocesso está intimamente acoplada à esta ideia, pois, mesmo que se alterem os textos legais, ainda haverá limitação, não apenas no que diz respeito à vedação de supressão de um direito fundamental, mas também ao se adotar uma interpretação de alcance restritivo desse direito, sem uma *ratio iuris* principiológica devidamente explanada em um embasamento exaustivo, e fundado em uma decisão judicial que a permita. Assim, o Estado Democrático de Direito deve ser entendido como uma conquista, que resulta no princípio da vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

Então, por todo o exposto, é possível concluir que é no Estado Democrático de Direito que se concretiza a integração dos valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da democracia, do socialismo, da segurança e da ordem social<sup>15</sup>.

### 3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

---

13 GUILHERME, Ricardo Eduardo. **O interrogatório por videoconferência no processo penal brasileiro e o princípio constitucional da ampla defesa**. 2008. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8132>>. Acesso em: 23 set. 2021.

14 SILVA, Marco Antonio Marques. Processo penal e Estado Democrático de Direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Penal. Marco Antonio Marques da Silva (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/450/edicao-1/processo-penal-e-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 23 set. 2021.

15 Ibid.



Superada a correlação entre o Estado Democrático de Direito que se concretiza a integração dos valores da dignidade da pessoa humana, adentrar-se-á o aspecto constitucional do tema.

Antes de mais nada, há de se ter em mente que a Constituição é a regra fundamental do Estado: ela estrutura o poder e assegura os direitos fundamentais do cidadão em face do Estado. Desse modo, como o próprio nome aponta, ela constitui o Estado, delimitando os fatores, os anseios, e os valores da sociedade.

Nesse sentido, o professor José Afonso Da Silva<sup>16</sup> conceitua constituição como sendo o compêndio de normas que coordena os elementos constitutivos do Estado. Ou seja, ela seria um conjunto de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que vão regular: a forma do Estado, a forma de governo, o seu *modus operandi*, os direitos fundamentais do homem e suas respectivas garantias.

No caso específico do Brasil, este passou por seis constituições até chegar na atual (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a atual em 1988). Então, houve bastante tempo pra que a democracia moldasse o que se entendia ser o direito fundamental do cidadão.

Com o advento da Constituição de 88, se instituiu o Estado Democrático de Direito<sup>17</sup>, que pode ser percebido pela imposição, tanto aos particulares, quanto ao poder público, da observância e do respeito às normas legalmente impostas pelos representantes (que foram eleitos, democraticamente, pelo povo).

Logo em seu início, ela já classifica a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, que se identifica justamente pela valorização dos direitos individuais, e respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, através das disposições expressas nos artigos 1º e 5º da Carta Magna<sup>18</sup>.

Assim, a atual Carta Constitucional inovou, frente ao modelo autoritário consagrado na antiga, aflorando-se como um marco jurídico e político da trajetória democrática e institucional brasileira, e concedendo a devida importância aos direitos e garantias, tanto

---

16 SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 16ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1999.

17 GUILHERME, Ricardo Eduardo. **O interrogatório por videoconferência no processo penal brasileiro e o princípio constitucional da ampla defesa**. 2008. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8132>>. Acesso em: 23 set. 2021.

18 BRASIL. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2021.

de cunho individual, quanto social<sup>19</sup>. Desse modo, quando ela inseriu, no sistema jurídico pátrio, a proteção dos direitos humanos, ela se consagrou como a Carta Política mais avançada, em matéria de direitos individuais e sociais, na história constitucional do nosso país.

Toda essa inovação dá muito sentido às palavras de Marco Antônio Marques da Silva<sup>20</sup>, ao pontuar que a conciliação entre os direitos dos particulares e a soberania do Estado é um dos mais relevantes questionamentos a serem feitos. O autor entende que a lei não pode ser idealizada como produto do arbítrio, mas de uma vontade geral dirigida diretamente para a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Essa ideia serve como um norte para o Estado de Direito, em que os direitos fundamentais, através da premissa de que a lei implica um poder-dever para o indivíduo, aparecem como consequência da soberania popular, e não como sua concessão.

De tal modo, a República Federativa do Brasil adotou, como um dos seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana (disposto no artigo 1º, inciso II, da Constituição<sup>21</sup>), ao passo que, no contexto das relações internacionais, o Estado brasileiro inseriu a proteção aos direitos humanos (disposto no artigo 4º, inciso II, do mesmo compêndio legal<sup>22</sup>).

Logo, a dignidade humana passou a ser tida como princípio fundamental da Carta Maior<sup>23</sup>, ao lado do exercício da cidadania, da liberdade de empreender e escolher seu próprio destino, da valorização do direito do trabalhador e do exercício pleno das liberdades políticas, de forma que pode-se dizer que a lei maior brasileira é basicamente individualista, uma vez que põe, à cargo do Estado, o dever de coibir distorções, evitar

---

19 GUILHERME, Ricardo Eduardo. **O interrogatório por videoconferência no processo penal brasileiro e o princípio constitucional da ampla defesa**. 2008. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8132>>. Acesso em: 23 set. 2021.

20 MARQUES DA SILVA, Marco Antonio. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 5.

21 BRASIL. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2021.

22 BRASIL. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2021.

23 MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Dignidade humana. Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos: estudos em homenagem a Antônio Guterres**. Eduardo Vera-Cruz Pinto, José Rodolpho Perazzolo, Luís Roberto Barroso, Marco Antonio Marques da Silva e Maria Cristina de Cicco (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2017. pp. 744-747.

abusos, e promover pessoas, justamente para que essas pessoas tenham liberdade de agir livremente, respeitando-se as condicionantes institucionais, tanto na vida privada, como na vida pública.

O Estado Democrático de Direito atual, então, é um Estado de Direito do ser humano, que preceitua uma ordem jurídico-política, na qual se reconhecem e se proclamam direitos da pessoa humana, mas, ao mesmo tempo, estabelece instrumentos que asseguram a satisfação desses direitos, e de quantos mais se revelem inerentes à dignidade da pessoa humana. Então, nitidamente, o constituinte optou por uma valorização do indivíduo em relação ao Estado, sendo os governantes apenas seus representantes, e não seus senhores. É nesse sentido que o professor Marco Antônio afirma que a Constituição brasileira é fundamentalmente uma Constituição dedicada à pessoa, sendo, essa, a única razão de ser do Estado<sup>24</sup>. E é por isso que o artigo 5º<sup>25</sup>, que enuncia os principais direitos e garantias individuais, é tido por muitos constitucionalistas como o mais expressivo artigo da lei suprema.

Portanto, por todo o exposto, conclui-se, em concordância com Marco Antônio Marques da Silva<sup>26</sup>, que a dignidade da pessoa humana é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão, e, por sua vez, os direitos fundamentais, no âmbito do poder do Estado, decorrem dela. Nesse sentido, todos os demais princípios e normas processuais são tidos como desdobramentos do respeito à dignidade humana.

#### **4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O NASCIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Esclarecidos esses aspectos, é de se esperar que a dignidade da pessoa humana, além de tomar uma amplitude constitucional, serviu de norte para o desenvolvimento de várias outras áreas do Direito, como a administrativista. De tal modo, para a compreensão da relação entre esses institutos, se faz necessário desvendar a influência que o referido princípio exerceu no nascimento do próprio direito administrativo.

---

24 MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Dignidade humana. Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos: estudos em homenagem a António Guterres**. Eduardo Vera-Cruz Pinto, José Rodolpho Perazzolo, Luís Roberto Barroso, Marco Antonio Marques da Silva e Maria Cristina de Cicco (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2017. pp. 744-747.

25 BRASIL. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2021.

26 SILVA, Marco Antonio Marques da. **Trabalho escravo e dignidade humana. Tráfico de pessoas**. Laerte I. Marzagão Júnior (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 195.

Para tal, o presente estudo analisará os confins desta nobre disciplina, remontando o contexto do direito francês, cuja contribuição para a autonomia do direito administrativo pátrio é incontestável.

Nesse sentido, até mesmo doutrinadores brasileiros, como Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>27</sup>, são categóricos ao afirmar que a noção contemporânea deste campo jurídico é proveniente da França:

Sobrevindo a Revolução Francesa, como o período histórico precedente era o da Monarquia Absoluta, inexistiam disposições que subjugassem ao Direito a conduta soberana do Estado em suas relações com os administrados. Daí que era preciso aplicar um Direito “novo”, ainda não legislado (ou que mal iniciava a sê-lo). É que as normas do Direito até então existente disciplinavam as relações entre particulares, inadaptadas, pois, para reger vínculos de outra índole, ou seja: os intercorrentes entre o Poder Público e os administrados, já agora submissos todos a uma ordem jurídica. Tais vínculos, consoante se entendia, demandavam uma disciplina específica, animada por outros princípios, que teriam que se traduzir em normas que viriam a ser qualificadas como “exorbitantes” - porque exorbitavam dos quadros do Direito até então conhecido, o “Direito Comum”. Foi o referido Conselho de Estado - instituído pelo art. 52 da Constituição de 22 Frimário do Ano VIII,<sup>14</sup> isto é, de 15 de dezembro de 1799 - que, com suas decisões, forjou estes princípios e as concepções que se converteram no que se chama “Direito Administrativo”<sup>28</sup>.

Contudo, a grande contribuição francesa para o administrativismo foi a elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês<sup>29</sup>, afinal, a edificação deste ramo do direito se deve mais às obras deste comitê, ao dirimir as contendas que surgissem entre Administração e administrados, do que por leis que regessem as relações entre estas duas partes.

Esse órgão, apesar de ter natureza jurisdicional (decidindo com força de coisa julgada) e de ser alheio ao Poder Judiciário, integrava (e continua integrando) o próprio

---

27 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 38.

28 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 39.

29 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 38.

Poder Executivo<sup>30</sup>, galgando uma liberdade muito maior do que a justiça comum, especificamente em relação à lei escrita.

Dito isso, cabe fazer uma análise dos ensinamentos de Jean Rivero<sup>31</sup>, para elucidar a relação entre esse conselho e o surgimento do Direito Administrativo, bem como a maneira como estes se inter-relacionam com a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o sobredito autor<sup>32</sup> roga que, na época da revolução francesa, o campo do direito ainda se pautava nos códigos deixados por Napoleão, que refletia conceitos aprimorados ao longo de séculos de reflexão e prática.

Essas legislações, apesar de suficientes para o direito privado, não serviam para o direito administrativo, haja vista que, até então, o direito público se pautava nas tradições do império, que não refletiam os anseios administrativistas da revolução francesa.

Nesse ambiente as leis administrativas nasceram, sem seguir um plano pré-concebido, mas, tão somente, as resoluções dos casos concretos que, por ventura, iam aparecendo. Isso demonstra que esse direito administrativo “em construção” dava pouco suporte ao juiz do Contencioso-administrativo. Diferente do juiz ordinário que podia se utilizar de um Código Civil estruturado.

Havia, portanto, uma maior liberdade do juiz administrativo, que tinha que apresentar sua decisão, mesmo em face do silêncio da lei, de tal modo que o Direito Administrativo francês acabou sendo construído por esses julgados e decisões.

Bom, essas particularidades do direito administrativo, abordadas até o presente momento, foram compendiadas pelo então vice-presidente do Conselho de Estado, Eduardo Laferriere, considerado como o fundador do direito administrativo francês, que editou um tratado, em 1887, onde ele abordou a precária lei de organização e ação do direito administrativo, e o papel criador que essas lacunas legais impunham ao juiz administrativo<sup>33</sup>.

---

30 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 39.

31 RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporaneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

32 RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporaneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

33 RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporaneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

No entanto, a grande contribuição, de Laferriere, foi admitir, doutrinariamente, que a lei escrita não contém todos os direitos, e, por isso, conta com um corpo de princípios, inerentes ao nosso Direito, de forma que, quando faltam textos legais, as soluções jurídicas baseiam-se em princípios tradicionais, sejam, eles, escritos ou não, mas que seriam inerentes ao direito público.

O Conselho de Estado se utilizava, desses princípios gerais, em suas decisões, mas de forma implícita, até que, a partir de 1942, a constante mudança de regimes políticos, fez com que se começasse a aparecer uma longa série de decisões, dos Comissários de Governo, adotando, explicitamente, a utilização desses princípios, e todo o seu valor jurídico. E essa foi, na ótica do autor<sup>34</sup>, a ocorrência mais notável na evolução da teoria do direito administrativo francês, porque permitiu integrar a ordem jurídica tradicional, principalmente quanto às lacunas jurídicas.

Nesse sentido, pra definir quais seriam esses princípios gerais, o referido doutrinador<sup>35</sup> os dividiu em 04 grupos. A primeira (e mais importante) classificação seria o grupo do fundo comum do liberalismo tradicional, que traz princípios decorrentes da Declaração dos Direitos Humanos de 1789, como o princípio da separação de poderes, o princípio da liberdade, e o princípio da igualdade.

Por sua vez, a segunda classificação compreende o grupo de princípios decorrentes das regras técnicas adotadas pelo Conselho de Estado, pautadas no Código Civil e nas leis processuais, dentre, os quais, podemos indicar: o princípio da irretroatividade do Direito; o princípio referente à obrigação de reparação do dano decorrente da infração cometida; o princípio de que ninguém pode se enriquecer, injustamente, às custas de outrem (algo parecido com a nossa proibição do enriquecimento ilícito); e o princípio segundo o qual ninguém pode ser condenado sem ter sido capaz de se defender (que seria algo parecido com o nosso princípio do contraditório).

A terceira classificação traz um grupo de princípios voltados pra moralidade, onde Rivero<sup>36</sup> indica o princípio da busca pelo bem comum (algo parecido com a nossa supremacia do interesse público sobre o privado); e o princípio da anulação das decisões cujos motivos são imprecisos.

---

34 RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporaneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

35 RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporaneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

36 RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporaneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

Por fim, a última classificação traz um último grupo de princípios, derivados da análise que o Conselho de Estado faz acerca da "natureza das coisas", deduzindo, assim, o princípio da continuidade do serviço público, e extraindo pontos importantes como a razoabilidade, e o poder hierárquico.

Assim, esses princípios possuiriam um caráter autossuficiente, de tal modo que não se fundamentam na vontade do legislador, nem na lei escrita, e nem na autoridade judiciária. Eles se fundamentam, portanto, em si mesmos, apresentando uma natureza jurídica abstrata e genérica, porque possui um amplo poder de interpretação, e se pauta na concepção de homem e de mundo, que pode variar de acordo com os diferentes valores que cada civilização carrega.

Entrando na seara das fontes de direito, o autor<sup>37</sup> afirma que, conforme interpretação do Conselho de Estado, os princípios têm "valor legislativo", e, portanto, devem ser colocados no mesmo plano hierárquico das leis. Porém, o que se percebe nas jurisprudências, é que esses princípios podem aparecer tanto de forma equivalente às leis (quando ambos se sobrepõem a regulamentos administrativos), quanto de forma superior (quando a lei que atenta contra um princípio, e é interpretada à luz dos princípios), e inferior (pois a conformidade com a lei pode suprir a violação a um princípio).

A partir desse ponto, é possível traçar algumas consequências desses princípios gerais. A princípio, a concepção tradicional francesa, que era a adotada na maioria dos países europeus, defendia que o Juiz devia se subordinar à lei, porque, para o particular, a regra escrita era uma segurança "a mais" de que ele teria justiça. E a jurisprudência, por sua vez, era vista como algo imprevisível, especialmente até o momento em que é pronunciada, logo, a jurisprudência não ofereceria a mesma segurança que a lei oferecia.

Mas se observou<sup>38</sup> que, por outro lado, não se pode conferir supremacia à lei, porque seu aspecto genérico não permite que ela abrace todas as situações e detalhes dos casos concretos. De forma que, quando o juiz se depara com possíveis lacunas legais, ele tem que apresentar uma decisão, e suprir essa lacuna.

Nesse sentido, pra reduzir a insegurança dessa decisão "às cegas" do juiz, elencam-se algumas formas de atuação pra que ele possa suprir essa lacuna. A primeira seria o método adotado na Inglaterra, segundo o qual, quando o juiz toma uma decisão, ele cria um precedente. Assim, cada vez que ele tiver que resolver o mesmo problema, ele deve

---

37 RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporaneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

38 RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporaneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

apontar a mesma solução, ao que Rivero<sup>39</sup> ressalta que esse método não impede a evolução jurisprudencial, e, tão somente, limita a amplitude das decisões.

Porém, o Conselho de Estado Francês não adotou esse método do “precedente”, porque, embora essa via atribua certa estabilidade à lei, também se deve ter, em mente, que existe uma infinidade de decisões judiciais, e o litigante acaba ficando sujeito à insegurança, porque, qualquer precedente esquecido, pode acabar voltando à tona, à qualquer momento. E isso acabava por impor um elevado grau de empirismo às decisões do juiz administrativo. Por tal motivo, o Conselho de Estado Francês preferiu por adotar a teoria dos princípios gerais, alçando um corpo de regras fundamentais, que dominavam o aspecto jurídico da civilização francesa.

Essa solução, certamente, não foi perfeita, já que os princípios são, necessariamente, “vagos e mal definidos”. No entanto, a aplicação desses princípios permitiu conciliar a flexibilidade da jurisprudência administrativa com a segurança do particular, que teria sua demanda respondida.

Portanto, não é possível afirmar, como regra absoluta, a subordinação do juiz em relação à lei. Em vez disso, o que se percebe é que tanto as funções legislativas, quanto as jurisdicionais, se mostram subordinadas a uma finalidade comum, que é a primazia do interesse geral (ou seja, do bem comum), pelo Direito.

Dito isso, falta abordar um último problema, que é a possibilidade (ou impossibilidade) de atribuir a natureza de “regra de direito”, a esses princípios gerais, ao que o autor<sup>40</sup> pontua que, apesar dos princípios não serem emanados pelo legislativo, eles ainda são verdadeiras regras de direito, dotadas de autoridade e capazes de impor sanção, da mesma forma que as regras emanadas pelo legislador.

Por tal motivo, Rivero<sup>41</sup> conclui expressando seu deslumbre quanto ao fato de que a tomada dessas “leis não escritas” pelo juiz administrativo francês, transcende os imperativos do poder legislativo, se mostrando como uma expressão clara de um Direito Natural, que deriva, essencialmente, da “dignidade da pessoa humana”, e que contribui pra constante renovação dos valores jurídicos fundamentais. E o presente estudo concorda com tal entendimento, indo ainda mais além para arrematar que, em sendo, o

---

39 RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporaneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

40 RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporaneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

41 RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporaneo. **Revista de Administración Pública**. Madri, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.



administrativismo pátrio, um fruto do francês, é evidente a importância que a dignidade da pessoa humana exerceu sobre sua construção e direcionamento.

## 5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Esclarecidos esses aspectos administrativos, vamos à análise das decorrências do princípio da dignidade humana, na maneira como é compreendida no nosso ordenamento jurídico.

À princípio, cabe destacar o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>42</sup>, o qual aponta que o conceito de dignidade humana é complexo, e que, pela amplitude do seu alcance, guarda, em seu conteúdo, uma certa indeterminação, sendo possível asseverar que este se trata de um conceito eivado de contornos vagos e imprecisos.

Nesses termos, a dignidade humana faz parte de uma qualidade tida como inerente a todo ser humano<sup>43</sup>, ou seja, ela é o próprio valor que identifica o ser humano. Isso, porque ela existe em todos os indivíduos e impõe o respeito mútuo entre as pessoas, que se opõe a uma interferência indevida na vida privada pelo Estado.

Esses direitos são inerentes aos indivíduos, porque são naturalmente conhecidos pelas pessoas, de modo que o Estado não pode tratar eles como algo irrelevante. Muito pelo contrário, o Estado deve criar condições favoráveis para sua integral realização. Assim, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, todo ser humano deve ser reconhecido como membro da humanidade e ser tratado com respeito e consideração pelos demais indivíduos, grupos, organizações sociais e pelo Estado.

É o que expõe o ministro Alexandre de Moraes<sup>44</sup>, ao afirmar que a dignidade da pessoa humana constitui um mínimo invulnerável que todo ordenamento jurídico deve assegurar. Consequentemente, as limitações ao exercício dos direitos fundamentais podem, excepcionalmente, ocorrer, mas sempre respeitando “a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”.

---

42 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

43 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

44 MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 48-49.

A dignidade humana está ligada, também, a três premissas essenciais<sup>45</sup>: a primeira se refere ao homem, individualmente considerado (ou seja, a sua personalidade e os direitos, a ela, inerentes), chamados de direitos da personalidade; a segunda, relacionada à inserção do homem na sociedade, lhe atribuindo a condição de cidadão (e seus desdobramentos); e a terceira, ligada à questão econômica, reconhecendo a necessidade de promoção dos meios para a subsistência do indivíduo.

Assim, como decorrência do que foi explicado durante a análise do aspecto constitucional, a dignidade da pessoa humana se apresenta como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (e dos direitos fundamentais)<sup>46</sup>, e implica em liberdade, igualdade e justiça, de modo que as pessoas devem agir umas para com as outras em espírito de fraternidade.

Então, por todo o exposto, arrematar-se-á o entendimento de dignidade da pessoa humana, em concordância com os ensinamentos de Jorge Miranda<sup>47</sup>, para concluir que a dignidade humana é, na verdade, um metaprincípio, porque abarca todos os princípios relativos aos direitos, todos os deveres das pessoas, e a própria posição do Estado perante elas.

## **6 O METAPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO**

Entendida a importância do princípio da dignidade humana para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, do constitucionalismo, e do administrativismo, bem como sua natureza de metaprincípio, resta esclarecer como essa característica influencia o regime administrativo contemporâneo.

Tomando como base esse caráter estruturante da dignidade humana, o que se percebe é um processo de reajustamento e afirmação de princípios constitucionais

---

45 SILVA, Marco Antonio Marques da. **Trabalho escravo e dignidade humana**. In: Marco Antônio Marques da Silva: Artigos e agenda profissional do professor Marco Antônio Marques da Silva. São Paulo, 29 abr. 2019. Disponível em: < <https://marcoantoniomarquesdasilva.com/2019/04/29/trabalho-escravo-e-dignidade-humana/>>. Acesso em: 23. set. 2021.

46 SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e Democracia: Instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

47 MIRANDA, 2008 apud SILVA, Marco Antonio Marques da; ANDORFATO, João Jacinto Anhô; TYLES, Gabriel Huberman; SOUZA, Ricardo Vieira de. A Efetividade da Dignidade Humana e a Estigmatização dos Imigrantes e Refugiados. **Revista Internacional COSINTER**, Porto, ano 2, n. 2, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://revistaconsinter.com/revistas/ano-ii-volume-ii/parte-3-aspectos-relevantes-no-futuro-do-direito/a-efetividade-da-dignidade-humana-e-a-estigmatizacao-dos-imigrantes-e-refugiados/>>. Acesso em: 23 set. 2021

implícitos e explícitos, que vestem novos contornos normativos, em especial quanto aos direitos e garantias fundamentais que circundam o Direito Administrativo Sancionatório, a boa-fé, e a segurança jurídica.

No que se refere aos direitos e garantias que disciplinam o processo disciplinar, nota-se forte influência do princípio estruturante da dignidade humana na sua disciplina jurídico-administrativa, reverberada no dever de observância a inúmeros princípios compendiados pela Carta Magna<sup>48</sup>, como o devido processo legal administrativo (inciso LIV, do artigo 5º), o contraditório e a ampla defesa (inciso LV, do artigo 5º).

E vai ainda mais além, trazendo, ao Direito Administrativo Sancionatório, garantias constitucionais penais<sup>49</sup> aos acusados nos processos administrativos, ao que se pode citar o princípio do juiz natural (constante nos incisos XXXVII e LIII, do artigo 5º); da tipicidade penal-administrativa e da reserva de lei (constante no inciso XXXIX, do artigo 5º); da irretroatividade da legislação penal-administrativa, salvo para beneficiar o servidor (constante no inciso XL, do artigo 5º); da vedação ao uso de provas obtidas por meio ilícito (constante no inciso LVI, do artigo 5º); e da presunção de inocência (constante no inciso LVII, do artigo 5º).

Já quanto ao princípio constitucional (implícito) da boa-fé, a dignidade humana o traz, aos regimes administrativistas, travestido de moralidade administrativa (artigo 37, da Constituição Federal<sup>50</sup>).

Nesse sentido, é importante fazer uma distinção entre a dimensão objetiva e a subjetiva do princípio da boa-fé, ao que cabe destacar os ensinamentos de Edilson Pereira Nobre Junior:

a boa-fé é valorada, também no direito administrativo, ora como padrão de conduta, a exigir dos sujeitos do vínculo jurídico atuação conforme à lealdade e à honestidade (boa-fé objetiva), ora como

---

48 BRASIL. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 26 nov. 2021.

49 BRASIL. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 26 nov. 2021.

50 BRASIL. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 26 nov. 2021.

uma crença, errônea e escusável, de uma determinada situação (boa-fé subjetiva) 51.

Assim, a moralidade administrativa corresponde, especialmente, à dimensão objetiva da boa-fé, haja vista que, como aponta José Guilherme Giacomuzzi<sup>52</sup>, ela “veicula a boa-fé objetiva no campo do direito público-administrativo, exigindo um comportamento positivo da Administração e impondo a ela deveres de conduta transparente e leal”.

Nesse sentido, a principal consequência deste preceito constitucional é o amparo à confiança legítima dos administrados, não havendo empecilho ao uso dos institutos provenientes da boa-fé objetiva desenvolvida no esfera jurídico-privada, no âmbito do direito público-administrativo.

Outro preceito que assume relevante posição normativa nesse renovado regime administrativo é o princípio da segurança jurídica, que, ao absorver legitimidade e normatividade do princípio da dignidade humana, fundada no texto constitucional, reivindica um padrão de estabilidade das relações jurídicas, para que as normas e mecanismos de atuação administrativa concedam segurança jurídica aos administrados<sup>53</sup>.

Na Lei Maior brasileira<sup>54</sup>, este importante princípio pode ser lido tanto de maneira explícita, constante no inciso XXXVI, do artigo 5º, que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; como de forma implícita, através do princípio da dignidade humana, constante no inciso III, do artigo 1º.

Assim, a segurança jurídica pode ser vista sob um viés subjetivo, ou objetiva. Almiro do Couto e Silva<sup>55</sup> explica que a dimensão subjetiva diz respeito à salvaguarda da confiança das pessoas no que se refere às condutas, atos, e procedimentos do Estado,

---

51 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 150-151.

52 GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 308-309.

53 SILVA, Almiro do Couto. Princípio da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 11-31, 2004.

54 BRASIL. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2021.

55 SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54. da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2004.

enquanto que a dimensão objetiva envolve a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, limitando a retroatividade dos atos do Estado.

Partindo desse viés subjetivo, pode-se citar um consectário do princípio da segurança jurídica (e, logicamente, da dignidade da pessoa humana), que é o princípio da proteção da confiança legítima dos cidadãos, que impõe, ao Estado, a obrigação de não inviabilizar as expectativas (de cunho legítimo) dos indivíduos na manutenção da estabilidade da atuação estatal, mesmo que esteja fundada em uma situação de ilegalidade<sup>56</sup>.

Um exemplo prático da influência do princípio da segurança jurídica, em consonância com a proteção da confiança legítima dos cidadãos, e o princípio da boa-fé pode ser visto na Lei Federal nº 9.784/1999<sup>57</sup>, que prevê: atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige; vedação da aplicação retroativa de nova interpretação; e a decadência administrativa para anulação de atos ilegais com efeitos favoráveis aos destinatários.

Portanto, como metaprincípio, a dignidade da pessoa humana exerce vasta influência sob o regime jurídico-administrativo, em especial quanto aos direitos e garantias fundamentais que circundam o Direito Administrativo Sancionatório, a boa-fé, e a segurança jurídica.

## 7 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é possível constatar que, em se pautando na busca pela dignidade da pessoa humana, as conquistas democráticas se revertem nos direitos fundamentais, e os valores decorrentes desse processo (dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, democracia, socialismo, segurança, ordem social) se concretizam no Estado Democrático de Direito.

Esses valores, por sua vez, são assegurados através dos direitos fundamentais que estão estruturados nas leis maiores de cada Estado, dentre as quais se destaca a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que cumpriu com esse papel no

---

56 SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54. da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2004.

57 BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2021.

panorama nacional, adotando a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, valorizando o indivíduo frente ao Estado, e impondo, a este, limites à intervenção na vida do cidadão.

Muito embora, a dignidade da pessoa humana, além de alcançar amplitudes constitucionais, também serviu de norte para o desenvolvimento de áreas específicas do Direito ao redor do globo, como no direito francês, cujo Conselho de Estado forjou, através de suas decisões, os princípios e concepções que, posteriormente, se converteram no que se entende por Direito Administrativo.

Nesse cenário, a tomada de "leis não escritas" pelo juiz administrativo francês, transcendia os imperativos do poder legislativo, evidenciando-se como clara expressão de um Direito Natural, que deriva, essencialmente, da dignidade da pessoa humana, e que contribui para a constante renovação dos valores jurídicos fundamentais.

O direito brasileiro não se utiliza de "princípios gerais", tal qual o modelo francês, mas incorporou a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios constitucionais, estendendo-a a todos os indivíduos e impondo um mínimo invulnerável que todo ordenamento jurídico deve assegurar, como um verdadeiro metaprincípio, que abarca todos os princípios relativos aos direitos e deveres das pessoas, bem como a própria posição do Estado perante elas.

Consequentemente, a dignidade da pessoa humana exerce vasta influência sob o regime jurídico-administrativo, em especial quanto aos direitos e garantias fundamentais que circundam o Direito Administrativo Sancionatório, a boa-fé, e a segurança jurídica, de modo que todos se inter-relacionam como formas de proteção ao próprio ser humano.

Portanto, a compreensão do Direito Administrativo sob uma óptica mais humana não é mera conjectura. Sua imperiosidade decorre do texto constitucional e se impõe à Administração Pública tanto quanto a observância da supremacia do interesse público sobre o privado. Assim, a adoção de posturas mais condizentes com a sociedade em que vivemos, como o respeito ao administrado e a vedação à interferências indevidas da Administração Pública na vida privada, não deve ser entendida como aleatoriedade, mas, sim, como um legítimo desígnio administrativo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 26 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm)>. Acesso em: 26 nov. 2021.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUILHERME, Ricardo Eduardo. **O interrogatório por videoconferência no processo penal brasileiro e o princípio constitucional da ampla defesa**. 2008. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8132>>. Acesso em: 23 set. 2021.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Dignidade humana. Refugiados, imigrantes e igualdade dos povos: estudos em homenagem a António Guterres**. Eduardo Vera-Cruz Pinto, José Rodolpho Perazzolo, Luís Roberto Barroso, Marco Antonio Marques da Silva e Maria Cristina de Cicco (coords.). São Paulo: Quartier Latin, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 39.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo. **Revista de Administración Pública**. Madrid, v. 6, p. 289-299, set./dez. 1951.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54. da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2004.

SILVA, Almiro do Couto. Princípio da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 11-31, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e Democracia: Instrumentos para a efetivação da dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Trabalho escravo e dignidade humana. Tráfico de pessoas**. Laerte I. Marzagão Júnior (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Trabalho escravo e dignidade humana**. In: Marco Antônio Marques da Silva: Artigos e agenda profissional do professor Marco Antônio Marques da Silva. São Paulo, 29 abr. 2019. Disponível em: <<https://marcoantoniomarquesdasilva.com/2019/04/29/trabalho-escravo-e-dignidade-humana/>>. Acesso em: 23. set. 2021.

SILVA, Marco Antonio Marques da; ANDORFATO, João Jacinto Anhê; TYLES, Gabriel Huberman; SOUZA, Ricardo Vieira de. A Efetividade da Dignidade Humana e a Estigmatização dos Imigrantes e Refugiados. **Revista Internacional COSINTER**, Porto, ano 2, n. 2, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://revistaconsinter.com/revistas/ano-ii-volume-ii/parte-3-aspectos-relevantes-no-futuro-do-direito/a-efetividade-da-dignidade-humana-e-a-estigmatizacao-dos-imigrantes-e-refugiados/>>. Acesso em: 23 set. 2021

SILVA, Marco Antonio Marques. Processo penal e Estado Democrático de Direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Penal. Marco Antonio Marques da Silva (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/450/edicao-1/processo-penal-e-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 23 set. 2021.



## **ALGUNS ASPECTOS DA TEORIA DA COMPLEXIDADE NO DIREITO AMBIENTAL**

**JOÃO CARLOS PARCIANELLO:**  
Mestre em Desenvolvimento.  
Especialista em Docência do Ensino  
Superior. Bacharel em Direito.

**RESUMO:** Este artigo tem por escopo abordar estudos de diversos autores que trabalham com a temática da complexidade, relacionando estes escritos com o Direito Ambiental. Por sua interdisciplinaridade, constitui um ramo das ciências jurídicas que, além da esfera jurisdicional, pode atuar na compreensão da teoria da complexidade proposta por Edgar Morin. O Direito Ambiental possui uma consolidada conexão de saberes, que vai além da esfera ambiental propriamente dita, pois comporta assuntos variados como o licenciamento ambiental, educação ambiental, sustentabilidade, entre outros.

**Palavras-chave:** Complexidade. Direito Ambiental. Interdisciplinaridade.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Complexidade e Direito Ambiental. 2 Direito Ambiental Contemporâneo. Considerações finais. Referências.

### **Introdução**

O presente artigo possui cunho bibliográfico e qualitativo, onde é desenvolvido o tema da complexidade do Direito, em especial do Direito Ambiental, de uma forma simples. O objetivo do presente texto é expor algumas ideias de pensadores, que tratam de maneira mais direta ou que ao menos relacionam seus textos com a temática, referente à complexidade do Direito Ambiental. A abordagem do estudo é interpretativista.

Nesse sentido, trata-se de um tema interdisciplinar e relevante para subsidiar interpretações do Direito. A teoria da complexidade faz parte de um viés epistemológico que proporciona um caráter holístico na compreensão das mais diversas disciplinas. Essa temática é trabalhada, entre outros autores, por Edgar Morin.

### **1 Complexidade e Direito Ambiental**

Parte-se do entendimento de que a complexidade perpassa vários campos do saber. Nesse viés, se pode considerar o conhecimento como universal, mas este não deixa de ser local. Discutem-se aspectos globais até em nível municipal, inclusive quanto à legislação, como ocorre com a temática ambiental. Outro exemplo é a macroeconomia, onde o comércio exterior pode influenciar nas culturas a serem plantadas e nos produtos a serem manufaturados.

A ampla conceituação pré-jurídica na esfera das ciências biológicas constitui um desafio na compreensão do Direito Ambiental, de forma que tangenciam amplamente diversos outros ramos do Direito e até outras ciências. O jurista brasileiro José Afonso da Silva (2013, p. 10), mostra isso ao escrever a obra “Direito Ambiental Constitucional”:

A matéria é repleta de dificuldades para o jurista pelo fato de envolver larga conceituação pré-jurídica das ciências biológicas, que não poderíamos deixar de considerar, sob pena de não fornecer ao leitor esclarecimentos adequados sobre o conteúdo de normas constitucionais e legais que a mencionam. Ao fazê-lo, com a devida precaução, tivemos que recorrer aos especialistas daquelas áreas, mas o fizemos apenas nos estritos limites requeridos pela compreensão jurídica do assunto. Fica tudo isso e todo o texto, evidentemente, sujeito às observações críticas dos doutos, a fim de que possamos em futuras edições aperfeiçoá-lo.

O campo de abrangência do Direito Ambiental é amplo, embora não se costuma dividi-lo em ramos menores, como acontece com o Direito Civil – Direito das Coisas, Direito de Família, Direito das Sucessões, entre outros.

Existem, então, várias dimensões jurídicas que são complexas. Nesse sentido, a historicidade teórico-empírica do Direito também se reveste de complexidade. De acordo com Wolkmer (2009, p. 13):

Examinar e problematizar as relações entre a História e o Direito reveste-se hoje da maior importância, principalmente quando se tem em conta a percepção da normatividade extraída de um determinado contexto histórico definido como experiência pretérita que concretiza o presente. Naturalmente, tal preocupação dissocia-se de uma historicidade do jurídico, marcada por toda uma tradição teórica-empírica assentada em proposições revestidas pela força da continuidade, da previsibilidade, do formalismo e da linearidade.

No auge do positivismo, a doutrina tradicional do Direito primou pela visão jurídico-tecnista, que excluía da análise jurídica elemento não-jurídico, para garantir a cientificidade do Direito, como preconizava Hans Kelsen na Teoria Pura do Direito, em meados do século XX. Hodiernamente, o Direito se volta ao contato com outros saberes para ultrapassar antigas estruturas. Um exemplo é o biodireito frente às mudanças biotecnológicas, no sentido de pensar uma ética para o mundo contemporâneo (SCOFANO, 2006).

Ainda na década de 1970, Freyre (1973) afirmava que havia confusão entre questões jurídicas e sociológicas, pois existiam doutrinas formuladas por juristas em gabinete, ou seja, sem ir à campo como os sociólogos. Logo, a resolução de problemas das relações humanas por parte dos juristas seria somente pela técnica jurídica. Portanto, aspectos da sociedade que interessam ao jurista como pontos de regulamentação, para o sociólogo constituem objeto de estudo de organização e desorganização social, como principal ponto de vista.

Freire (1973, p. 271) arremata com a seguinte afirmação:

A verdade é que grande parte do que há de susceptível de tratamento científico no Direito e na Ciência Política confunde-se com objeto de estudo sociológico. Nas comunidades ou culturas chamadas primitivas, ainda mais do que nas civilizadas, é quase impossível desgrudar os conteúdos políticos das formas sociais e estilos legais dos demais aspectos e conteúdos da vida social e da cultura.

Uma nova realidade do Direito podem ser melhor compreendida por esta explanação de Naveira (1998, p. 71):

Mas, ao longo do século XX, a ciência atualizou a sua visão clássica de uma realidade em permanente equilíbrio para uma visão de uma realidade sujeita, sim, a perturbações – mas que tendia naturalmente a retornar ao equilíbrio. Nessa nova etapa, a palavra-chave eficiência foi substituída pela palavra eficácia. Não bastava mais fazer bem-feito, era preciso agora que este bem-feito fosse adequado às circunstâncias vigentes. Era preciso fazer a coisa certa de um modo “suficientemente certo” enquanto ainda fosse tempo, de nada adiantando fazer certo a coisa errada, ou fazer a coisa certa tarde demais. Atributos como flexibilidade e criatividade adquiriram mais importância que a mera eficiência.

Na Administração Pública, por exemplo, para o profissional melhor trabalhar o Direito Administrativo, muitas vezes é necessário ter conhecimentos de contabilidade e gestão. O Direito não é apenas uma disciplina, mas uma instituição social complexa e interligada às demais, que pode ser analisado sob vários pontos de vista e necessita auxílio de diversas esferas do conhecimento.

Outro exemplo pode ser compreendido de acordo com Silva, J. A. (2013, p. 24), o qual explica que o ambiente de trabalho é tido como: *“um complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa e de uma sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e de*

*direitos invioláveis da saúde e da integridade física*". Por conseguinte, o Direito Ambiental também possui um ponto de encontro com o Direito do Trabalho.

Com a exclusão da complexidade do fenômeno jurídico, muitos optam por trabalhar com um procedimento redutor, apenas com as normas estritamente jurídicas. Contudo, nas últimas décadas a complexidade está sendo considerada também no âmbito jurídico. Esta vertente compreende que tentar isolar um sistema complexo do seu meio, com a finalidade de estudo, pode configurar um erro (FOLLONI, 2014).

Então, considerando que o Direito abrange o estudo das normas da vida em sociedade, entende-se que se faz mister a análise da complexidade da sociedade. Logo, tanto a sociedade como o Direito não são inertes, de forma que a pesquisa jurídica perpassa fenômenos políticos, sociais, culturais, entre outros. A norma tende a evoluir com o progresso da sociedade. Ademais, situações semelhantes podem abranger soluções jurídicas diversas, consideradas as diferentes variáveis existentes. O Direito também está em processo dinâmico de auto-reprodução, afetado inclusive por instabilidades do próprio sistema.

E dentro do estudo da complexidade no Direito, em especial na esfera política, o tema da inovação se faz presente. Por exemplo, Coutinho e Mouallem (2015) apontam gargalos jurídico-institucionais que impedem o pleno desenvolvimento da inovação no Brasil. Gargalos de sinergia nas relações público-privadas, por descompasso entre as ações estatais e empresariais, principalmente quanto à alocação de recursos. Gargalos de coordenação entre órgãos públicos e gargalos de aprendizagem e experimentação na política, pois a inovação requer um acompanhamento e avaliação sofisticados por parte dos órgãos públicos. Por último, os autores destacam os gargalos de seletividade na política, em função da dificuldade em priorizar os setores mais intensivos em inovação.

Para esclarecer estes gargalos jurídico-institucionais, Coutinho e Mouallem (2015, p. 1) explicam:

A complexidade institucional em torno das políticas de inovação se traduz quando se tem em mente os chamados Sistemas Nacionais de Inovação (SNI), termo cunhado na década de 1980 e que traduz, resumidamente, a existência de um conjunto complexo de instituições cuja atuação coordenada determina o desempenho inovador de um país. Erguer e aperfeiçoar um SNI é provavelmente uma das mais complexas tarefas de criação institucional que se pode imaginar no campo das políticas públicas. Esse desafio é enfrentado pelo Brasil atualmente e nele é possível contar com um nada desprezível arcabouço jurídico resultante, historicamente, do acúmulo em "camadas geológicas" de instituições criadas em

diferentes contextos e fases desde a segunda metade do século passado. Os mais significativos “gargalos” à inovação no Brasil não resultam tanto da falta de normas jurídicas, mas da visível dificuldade de fazê-las operar simultânea e harmonicamente. Há também problemas localizados que afetam instituições regidas por arcabouços normativos anacrônicos.

Quanto à legislação pátria referente à inovação, destaca-se a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. O conceito legal de inovação está disposto no inciso IV, do artigo 2º, da presente lei:

IV - inovação: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho;

Nota-se que é um conceito muito semelhante ao adotado internacionalmente no Manual de Oslo. Este manual classifica e elucida os diferentes tipos de inovação, de forma que representa importante fonte de informação quanto ao tema. Está disposto no Manual de Oslo (FINEP, p. 55):

O Manual divide a inovação em quatro áreas: produto, processo, marketing e organização. Inovações de produto e de processo são conceitos familiares no setor privado, e foram o único foco das edições prévias no Manual, onde a inovação organizacional foi tratada em anexo e as inovações de marketing não apareceram. As inovações de marketing e organizacionais são discutidas extensivamente nesta edição do Manual. Esses conceitos são familiares para empresas de alguns países e foram incluídos em algumas pesquisas sobre inovação, embora suas definições não estejam geralmente tão bem estabelecidas como as de inovação de produto e de processo. As definições desses novos tipos de inovação para o uso em pesquisas estão ainda em desenvolvimento, em grande medida no mesmo processo por que passaram as inovações de produto e de processo na primeira edição do Manual de Oslo.

Na década de 1990, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) lançou o Manual de Oslo, que propõe diretrizes para a coleta e interpretação de

dados referente à inovação tecnológica. Tem por escopo padronizar conceitos e metodologias, além de construir estatísticas.

O Manual de Oslo (FINEP, 1997, p. 55) estabelece que: *“Uma inovação é a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas”*. Parte das disposições do manual de Oslo aborda a gestão do conhecimento, que está imbricada no presente artigo.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 218, *caput*, sentencia: *“O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”*. E no artigo 219, *caput*, prescreve: *“Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”*. Verifica-se que o legislador, por meio de uma visão complexa, associou o mercado, um dos principais motores da inovação, à cultura, à sociedade, à economia e ao bem-estar das pessoas.

Quanto ao Direito também se pode considerar que a epistemologia complexa inclui o indivíduo no contexto da construção das realidades e na produção científica (SERVA, 1992). Os estudos sobre a complexidade de Edgar Morin abriram caminho à melhor interpretação e aplicabilidade do Direito. Assim como, hodiernamente, o entendimento da importância da interdisciplinaridade no Direito se fez presente. Neste contexto, a atual confrontação das regras jurídicas às situações concretas são mais eficientes a partir do auxílio teórico de vários ramos do saber, como a Filosofia, a Sociologia, a Economia, entre outros.

No âmbito do Direito Processual, pode-se falar inclusive em perícias complexas, quando a questão abrange mais de uma área do conhecimento especializado, onde haverá a possibilidade de designação de mais de um perito oficial e a parte indicar mais de um assistente técnico, como dispõe o §7º, Art. 159, do Código de Processo Penal. Grinover (2008) explicita que não é raro a abrangência de diversas especialidades numa ação, com a necessidade de especialistas em diferentes matérias. Na atualidade, numerosos objetos efetivaram o surgimento de novas especialidades, como ocorreu com a Medicina, por exemplo.

Ademais, elemento imprescindível ao estudo do Direito se refere à ética. Morin (2015) numa abordagem alternativa, embora em consonância com o seu estudo durante três décadas a partir de *“O Método”*, explica como se deve dar a ética. A análise do filósofo – também de formação jurídica – parte das consequências éticas da compartimentalização das ciências que, segundo o autor, leva a incompreensões entre os indivíduos, pois estes

aprenderam na escola a ver o mundo fragmentado e apenas de maneira especializada. Desta forma individualizada, não conseguem compreender o outro e, inclusive, o próprio ambiente em que estão inseridos. Explica Morin (2015, p. 23-24):

Atualmente, tudo o que é ensinado constitui, de certo modo, uma ajuda ao viver: as matemáticas são úteis para saber calcular (embora as calculadoras nos tenham feito perder o hábito de fazê-lo) e, sobretudo, raciocinar logicamente; as ciências naturais, para reconhecermos no universo físico e biológico; a história, para nos enraizar no passado e nos inserir no futuro; a geografia, para nos fazer ler a história de nossa Terra por meio da deriva dos continentes, dos plissamentos, do deslocamento das montanhas, do afundamento da estrutura; a literatura nos permite desenvolver nosso senso estético, e os grandes romances, bem como os grandes ensaios, poderiam ser ensinados como uma educação para a complexidade humana. A Filosofia deveria cultivar ou estimular em nós o questionamento sobre nossa existência e desenvolver nossa capacidade reflexiva. A cultura científica e a cultura humanista, infelizmente, cada vez mais disjuntas, poderiam ser religadas para constituírem uma autêntica cultura, que seria uma auxiliar permanente para nossas vidas. Isso, porém, requer uma profunda reforma.

Cenci (2002) discorre sobre a origem da ética ocidental. Afirma que na antiguidade os gregos acreditavam que uma ação desmedida levaria a uma resposta implacável dos deuses, o que somente poderia ser resolvida a partir de uma ação comedida, ou seja, a justa medida. A reparação dos excessos cometidos possibilitaria ao indivíduo uma aprendizagem que mostraria como agir em determinadas situações. Nesse sentido, explica que Sócrates entendia que a alma, compreendida como "*psyche*", eu, ou consciência, definida como a essência do homem e, assim, desenvolvendo suas potencialidades interiores, o chamado cultivo da virtude, poderia tornar a alma boa. Dessa forma, Sócrates traz uma revolução a sua época, mostrando que o verdadeiro valor do homem não é externo a ele, como a riqueza e a fama, por exemplo. E sim interno, na sua alma, com o conhecimento de si próprio. Entretanto entende que os bens exteriores e os valores externos são válidos na medida que se fizer bom uso deles, por meio do conhecimento. Já Platão explora a virtude da justiça, a qual considera inerente a alma humana e que deve ser buscada dentro desta.

Existem vários entendimentos sobre a identidade. Na modernidade houve o aparecimento de dois conceitos: a pessoa, equivalendo ao eu e a consciência, reduto último da liberdade e da individualidade de todos os homens. Nesse contexto, o estudo da

identidade ganha espaço, agregando a noção de pessoa psicológica à conotação moral da noção de pessoa. Com a antropologia e a psicologia três registros da consciência humana surgem: o ego, a consciência da pessoa moral e o sujeito conhecedor (PIMENTEL e CARRIERI, 2011).

Discorre Milaré quanto à ética ambiental (2000, p. 61):

A moral tradicional não desenvolve a necessária solidariedade com o Planeta vivo nem com os nossos semelhantes. Ao contrário, a tendência que provém de instintos primitivos é tornarmo-nos senhores das coisas à nossa moda pessoal e em função de interesses nem sempre justificáveis, embora racionalizados inteligentemente. É como se tudo fosse de ninguém, de tal modo que *res nullius fiunt primi occupantis*, em outras palavras: eu ocupo, logo é meu e em sendo meu faço o que bem entendo (...) não importando o que e como deva ser moralmente entendido de minha parte”.

Lê-se neste excerto do jurista brasileiro o termo “nossos semelhantes” ao lado de “planeta vivo” quanto à temática da moral. Esta passagem corrobora com a assertiva de que o desenvolvimento de um pensar ético quanto ao meio ambiente traz consigo uma ética do ser humano.

Partindo do entendimento que o homem possui uma vida biológica e social, o Direito Natural, que considera o mundo natural, deve ser considerado para aperfeiçoar a ordem jurídica do Direito Positivo. Esse paradigma jurídico trabalha com um olhar pragmático, em que a equidade é examinada, considerando o ambiente em que os indivíduos estão inseridos. Logo, na análise da complexidade do Direito Ambiental não se deve ater apenas ao Direito positivado, haja vista que desta forma se desconsidera a epistemologia complexa e a teoria geral dos sistemas. O próximo capítulo se destina a avançar mais na compreensão do Direito Ambiental propriamente dito.

## **2 Direito Ambiental Contemporâneo**

Na análise do presente artigo, deve-se pensar o direito de maneira mais profunda, ou seja, para além do direito positivado, muito mais adiante do que normas de tecnicismo elevado. Aqui, entender a ética ambiental a partir da alteridade se faz importante (LEFF, 2003). Em matéria ambiental, a ciência faz um sentido maior se for pensado o outro, além do eu. A ciência atual possui não apenas questões científicas, propriamente ditas, a serem resolvidas, mas também desafios éticos a serem encarados – muito em relação à seara ambiental.



Ademais, o Direito Ambiental, por sua interdisciplinaridade – e até mesmo transdisciplinaridade, constitui um ramo das ciências jurídicas que, além da esfera jurisdicional, pode atuar na compreensão dos estudos de Edgar Morin. Apresenta uma consolidada religação de saberes, que extrapola a esfera ambiental, pois como é discutido nesta seção do trabalho, comporta assuntos como o licenciamento ambiental, que diz respeito também ao Direito Administrativo e, em última análise, à ação do Estado. Com base nos princípios do Direito Ambiental, é possível examinar o amplo espectro deste campo, que vai além do disposto nas normas positivadas. Morin (1997, p. 19) explica:

Sim, precisa-se de ideias externas, críticas e contestações de fora, mas é fundamental, sobretudo, reflexão interna. A reforma virá do interior através do retorno às fontes do pensamento europeu moderno a problematização; hoje, não basta problematizar o homem, deve-se problematizar a ciência, a técnica, o que acreditávamos ser a razão e era com frequência uma abstrata racionalização.

Em relação ao atual Direito Ambiental, Silva, J. A. (2013) lembra que as Constituições Brasileiras anteriores à 1988 não tratavam especificamente sobre a proteção do meio ambiente natural. A Constituição Federal de 1988, ao contrário, configura-se eminentemente ambientalista, inclusive com um capítulo específico sobre o meio ambiente, disposto no título “Da Ordem Social” (Capítulo VI do Título VIII).

Os esforços de proteção ao meio ambiente comportam a preservação da natureza e a respectiva manutenção do equilíbrio ecológico, de modo que esta tutela se dá muito em função da qualidade de vida como direito fundamental da pessoa humana. Configura-se, então um novo viés do direito à vida, pois se agregam as condições ambientais que são suportes da vida em si. Silva, J. A. (2013) reconhece a Declaração do Meio Ambiente, firmada em Estocolmo, no mês de junho de 1972, como um prolongamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pelas Nações Unidas em 1948. Neste sentido, em suas primeiras linhas, a Declaração do Meio Ambiente (1972, p. 1) proclama:

1. O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma.

Como se observa neste extrato da referida declaração, já no início da década de 1970 se reconhece internacionalmente e, de maneira positivada, que o meio ambiente é amplamente complexo. E mais, o meio ambiente serve também de suporte ao desenvolvimento intelectual, moral, social e espiritual dos indivíduos, de modo que todas estas esferas do aperfeiçoamento humano se dão no mesmo *locus*, ou melhor, no ambiente como um todo integrado.

### **Considerações finais:**

Este artigo não teve a pretensão de esgotar os assuntos discutidos e sim apresentar sucintamente alguns entendimentos que tratam diretamente ou que se relacionam com a temática da complexidade no Direito Ambiental.

A partir das exposições do presente artigo, infere-se que a ciência atual possui não apenas questões científicas, propriamente ditas, a serem resolvidas, mas também desafios éticos a serem tratados, inclusive quanto à seara ambiental. Esta problemática já foi abordada pelo pensador Edgar Morin.

Por fim, o Direito Ambiental, por sua interdisciplinaridade e transdisciplinaridade, constitui um ramo das ciências jurídicas que, além da esfera jurisdicional, pode atuar no entendimento do pensamento proposto por Edgar Morin. Possui uma consolidada reconexão de saberes, que vai além da esfera ambiental, pois como foi discutido neste pequeno estudo, comporta assuntos variados como o licenciamento ambiental, educação ambiental, sustentabilidade, entre outros exemplos.

### **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 5 Fev 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 5 Fev 2022.

BRASIL. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm)>. Acesso em: 5 Fev 2022.

CENCI, Angelo Vitório. **O que é ética?** Elementos em torno de uma ética geral. 3. ed. Passo Fundo: A. V. Cenci, 2002.

COUTINHO, Diogo R. MOUALLAEM, Pedro S. B. Direito e Inovação no Brasil: gargalos jurídico-institucionais. **Portal Inova**. Disponível em: <<http://inovarevista.com.br/portal/blog/editor/direito-e-inovacao-no-brasil:-gargalos-juridico-institucionais>>. Acesso em: 5 Fev 2022.

Declaração do Meio Ambiente. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: [www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc). Acesso em 5 Fev 2022.

LEFF, Enrique. **A complexidade ambiental**. (coord). Tradução de Eliete Wolff. São Paulo: Cortez, 2003.

FINEP. Financiadora de Estudos e Projetos. **Manual de Oslo**: diretrizes para coleta e interpretação de dados. 3. ed. Paris. 1997. Disponível em: <<http://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>>. Acesso em: 5 Fev 2022.

FOLLONI, André. Direito, complexidade e reducionismo. **Direito e complexidade**. 2014. Disponível em: <<https://complexidade.net/>>. Acesso em: 5 Fev 2022.

FREIRE, Gilberto, **Sociologia**: introdução ao estudo de seus princípios. Tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1973.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Perícia complexa – parecer. **Páginas de Direito**. Jan 2008. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/69-artigos-jan-2008/6142-pericia-complexa--parecer>>. Acesso em: 5 Fev 2022.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORIN. **Imaginários da educação**: por uma reforma da universidade e do pensamento. Tradução de Juremir Machado da Silva. **Revista Famecos**. Porto Alegre, n. 6, jun. 1997, semestral. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/2959/2242>>. Acesso em: 5 fev 2022.

\_\_\_\_\_. Programa Roda Viva. **TV Cultura**, 18 Dez 2000. Entrevista concedida a Heródo Barbeiro et al. Disponível em: <[http://www.rodaviva.fapesp.br/materia/49/entrevistados/edgar\\_morin\\_2000.htm](http://www.rodaviva.fapesp.br/materia/49/entrevistados/edgar_morin_2000.htm)>. Acesso em: 5 Fev 2022.

\_\_\_\_\_. **Ensinar a viver**: manifesto para mudar a educação. Tradução de Edgar de Assis Carvalho e Mariza Perassi. Porto Alegre: Sulina, 2015.

NAVEIRA, Rubens Bauer. Caos e complexidade nas organizações. **Revista de Administração Pública**, v.2, n.5, p.69-80, Set/Out 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7756/6348>>. Acesso em: 5 Fev 2020.

PIMENTEL, Thiago Duarte; CARRIERI, Alexandre de Pádua. A espacialidade na construção da identidade. **Cadernos EBAPE Br**, v. 9, n. 1, p. 1-21, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cebape/v9n1/v9n1a02>>. Acesso em: 5 Fev 2022.

SCOFANO, Maria Cristina Couto. Biodireito: um novo desafio. **Janus**, v. 3, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://www.unifatea.edu.br/seer/index.php/janus/article/viewPDFInterstitial/39/42>>. Acesso em: 5 Fev 2022.

SERVA, Maurício. O paradigma da complexidade e análise organizacional. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, v. 32, n. 2, p. 26-35, abr./jun. 1992. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v32n2/a04v32n2.pdf>>. Acesso em: 5 Fev 2022.

SILVA, Paulo Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

## **O PROCEDIMENTO JUDICIAL DE CONCILIAÇÃO E REPACTUAÇÃO DE DÍVIDAS INSTITUÍDO PELA LEI Nº 14.181, DE 1º DE JULHO DE 2021**

**ANTÔNIO CARLOS RODRIGUES ARAGÃO FILHO:**

Pós-graduação lato sensu (especialização) em Direito Civil e Pós-graduação lato sensu (especialização) em Direito Processual Civil. Procurador do Estado do Tocantins.

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo apresentar a disciplina do procedimento da conciliação no superendividamento, previsto nos arts. 104-A a 104-C do CDC, inseridos pela Lei nº 14.181/2021. A forma metodológica do trabalho foi pautada na consulta a explicações científicas que delineassem os conceitos envolvidos na discussão em epígrafe.

**Palavras-chave:** Direito do consumidor; Superendividamento; Mínimo existencial; Processo de conciliação e repactuação de dívidas.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Superendividamento. 3. Novos direitos básicos do consumidor, princípios e instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo. 4. Prevenção e tratamento do superendividamento. 5. Processo de conciliação e repactuação de dívidas. 6. Conclusão. 7. Referências.

### **1. Introdução**

O presente artigo visa a realizar um estudo sobre a disciplina conferida ao superendividamento com a edição da Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021, que alterou a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), mais especificamente no seu aspecto processual (arts. 104-A a 104-C do CDC).

Assim, primeiramente, efetua-se a conceituação de superendividamento, conforme a dicção legal e lições doutrinárias, ressaltando-se a íntima relação entre a prevenção e proteção contra o superendividamento e a tutela do mínimo existencial.

Após, discorre-se brevemente sobre os novos direitos básicos do consumidor, princípios e instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo especificamente relacionados ao superendividamento, bem como sobre os dispositivos que tratam da prevenção e do tratamento do superendividamento, todos acrescidos pela Lei nº 14.181/2021, a fim de traçar os aspectos essenciais da relação de direito material objeto do novel procedimento introduzido no diploma consumerista.

Por fim, analisam-se os aspectos legais e doutrinários do processo de conciliação e repactuação de dívidas, previsto nos arts. 104-A a 104-C do CDC.

## 2. Superendividamento

O art. 54-A, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078/1990), inserido pela Lei nº 14.181/2021, define o superendividamento como (grifos acrescentados):

a impossibilidade manifesta de o consumidor **pessoa natural**, de **boa-fé**, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, **exigíveis e vincendas**, sem comprometer seu **mínimo existencial**, nos termos da regulamentação.

A doutrina, antes da edição da Lei nº 14.181/2021, já trabalhava o conceito (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2013, p. 1250-1251, grifo no original):

O *superendividamento* pode ser definido como impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio.

Ainda segundo os autores (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2013, p. 1123), o superendividamento carecia de algum tipo de solução pelo direito do consumidor, a exemplo do proporcionado pelo Direito Empresarial com os institutos da recuperação judicial e da falência,

seja por meio de parcelamento, prazos de graça, redução dos montantes, dos juros, das taxas, seja por todas as demais soluções possíveis para que possa pagar ou adimplir todas ou quase todas as suas dívidas em face de todos os credores, fortes e fracos, com garantias ou não.

Assim, a Lei nº 14.181/2021 foi editada como resposta a um problema já apontado pela doutrina há bastante tempo (GAGLIANO; OLIVEIRA, 2021; p. 1).

Com efeito, o superendividamento está diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88), mais especificamente com o mínimo existencial do indivíduo. Segundo Gagliano e Oliveira (2021, p. 4, grifo no original), “o superendividamento fulmina o *mínimo existencial* do indivíduo.”

Como ressaltam os autores (GAGLIANO; OLIVEIRA, 2021, p. 5), “a garantia do mínimo existencial vai ao encontro do resguardo do patrimônio mínimo, na perspectiva da doutrina do eminente civilista Luiz Edson Fachin.”

Ressalte-se ainda que o tratamento jurídico dado ao superendividamento é concretização do denominado princípio do crédito responsável, o qual direciona o ordenamento jurídico em favor de práticas negociais saudáveis abrangentes das mais variadas formas de crédito (GAGLIANO; OLIVEIRA, 2021; p. 2).

Segundo Gagliano e Oliveira (2021, p. 2, grifos acrescidos), o princípio do crédito responsável

[...] **é uma norma implícita na Constituição** e foi concretizado pela Lei do Superendividamento mediante alterações no CDC e no Estatuto do Idoso. Consiste em promover o “crédito responsável”, ou seja, a prática adotada por credores, por devedores e pelo Poder Público com vistas a evitar o superendividamento.

Com efeito, uma vez que a Lei do Superendividamento visa à tutela do mínimo existencial e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana, conclui-se que a Lei nº 14.181/2021 disciplina uma proteção que já se encontrava implícita na Constituição Federal de 1988.

O princípio do crédito responsável irradia seus efeitos para todos os agentes atuantes no mercado de consumo: consumidores, fornecedores e Poder Público.

Em decorrência desse princípio, o Poder Público deve implementar políticas públicas que estimulem o crédito responsável, ao passo que coíbam atos atentatórios ao crédito responsável; os fornecedores, por seu turno, ficam proibidos de prover créditos irresponsáveis (créditos cujo pagamento se mostra improvável pelo devedor); e os consumidores, por fim, possuem o dever jurídico de se comportar de acordo com a prudência e a boa-fé, apenas assumindo compromissos dentro de suas capacidades (GAGLIANO; OLIVEIRA, 2021; p. 3).

### **3. Novos direitos básicos do consumidor, princípios e instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo**

Na linha de proteção do consumidor contra o superendividamento, foram acrescidos ao rol do art. 6º do CDC dois direitos básicos do consumidor que expressamente aludem à preservação do seu mínimo existencial (grifos acrescidos):

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de

superendividamento, **preservado o mínimo existencial**, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas;

XII - **a preservação do mínimo existencial**, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito;

A Lei nº 14.181/2021 acrescentou um princípio da Política Nacional das Relações de Consumo que está diretamente relacionado à preservação do mínimo existencial do consumidor (art. 4º, X, do CDC): “prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.”

Destaque-se que, a par do reconhecimento da importância do combate ao superendividamento como meio de inclusão social, foi acrescido o princípio de “fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores” (art. 4º, IX, do CDC).

Ora, uma das formas de proteção do consumidor contra os males de superendividamento é justamente a educação financeira, que proporciona ao indivíduo um consumo consciente dos serviços de crédito e financiamentos.

Como forma de dar efetividade à política pública de proteção do consumidor contra o superendividamento, a Lei nº 14.181/2021 inseriu dois novos instrumentos no rol do art. 5º do CDC:

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

[...]

VI - instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural;

VII - instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento.

A Lei nº 14.181/2021, com as alterações promovidas nos dispositivos iniciais do Código de Defesa do Consumidor, buscou orientar a interpretação e aplicação do intérprete no manejo do novo tratamento jurídico dado aos serviços de crédito e



financiamentos, visando precipuamente à preservação do mínimo existencial do consumidor.

#### 4. Prevenção e tratamento do superendividamento

A Lei nº 14.181/2021 acrescentou o Capítulo VI-A ao Código de Defesa do Consumidor, o qual “dispõe sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor” (art. 54-A, *caput*, do CDC).

Cumprе ressaltar que as normas protetivas dispostas no novo Capítulo VI-A não abrangem as dívidas (art. 54-A, § 3º, do CDC):

- a) contraídas mediante fraude ou má-fé;
- b) oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento; e
- c) decorrentes da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor.

As primeiras duas hipóteses colocam em evidência a íntima relação existente entre o princípio do crédito responsável e o princípio da boa-fé. A última hipótese resalta que o tratamento jurídico dado ao superendividamento visa à preservação do mínimo existencial.

Nesse ponto, convém ressaltar que a doutrina apresenta a seguinte classificação de superendividamento (CAVALCANTE, 2021):

<b>SUPERENDIVIDADO</b>	
<b>ATIVO</b>	<b>PASSIVO</b>
<p>É aquele consumidor que se endivida voluntariamente.</p> <p>Esta categoria se divide em duas subespécies:</p> <p>a) superendividado ativo consciente: é aquele que, de má-fé, contrai dívidas</p>	<p>O superendividado passivo é aquele que se endivida em decorrência de fatores externos chamados de “acidentes da vida”, tais como desemprego; divórcio; nascimento, doença ou morte na família; necessidade de empréstimos; redução do salário; etc.</p>

convicto de que não poderá pagá-las, com intenção deliberada de fraudar os credores.

b) superendividado ativo inconsciente: é aquele que agiu impulsivamente, de maneira imprevidente e sem malícia, deixando de fiscalizar seus gastos.

A partir dessa classificação, verifica-se que as novas normas protetivas protegem somente o superendividado ativo inconsciente e o superendividado passivo.

Além disso, a disciplina trazida pela Lei nº 14.181/2021 representa mais uma concretização do princípio da proteção simplificada do luxo, segundo o qual o Direito protege situações de luxo com menor intensidade em comparação às situações essenciais ou úteis (GAGLIANO; OLIVEIRA, 2021, p. 4). No caso específico da Lei do Superendividamento, o art. 54-A, § 3º, do CDC expressamente afastou a aplicação das normas protetivas na hipótese de dívidas decorrentes da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor.

## **5. Processo de conciliação e repactuação de dívidas**

A Lei nº 14.181/2021 inseriu o Capítulo V ao Título III do Código de Defesa do Consumidor. O mencionado capítulo corresponde aos arts. 104-A a 104-C e trata sobre a conciliação no superendividamento, o processo de repactuação de dívidas e o plano de pagamentos.

Conforme o art. 104-A, *caput*, do CDC, a requerimento do consumidor superendividado, o juiz instaurará processo de pactuação de dívidas, a fim de se realizar audiência de conciliação presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores.

O dispositivo prossegue prevendo que o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento, com prazo máximo de 5 (cinco) anos, que deve preservar o mínimo existencial e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas. Verifica-se, da leitura do dispositivo, que o legislador buscou compatibilizar o mínimo existencial com os interesses dos credores.

Além disso, Gagliano e Oliveira (2021, p. 20) explicitam a semelhança do procedimento com a recuperação judicial do empresário (prevista na Lei nº 11.101/2005),

guardadas as suas especificidades. A semelhança reside, essencialmente, na negociação das dívidas do devedor em conjunto com todos os seus credores, na busca por meios de harmonizar os interesses de todas as partes.

Ressalte-se que o pedido de instauração do procedimento não importa em declaração de insolvência civil do consumidor e poderá ser repetido somente após o prazo de 2 (dois) anos, contados das liquidações das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual repactuação (art. 104-A, § 5º, do CDC).

O art. 104-A, § 2º, do CDC enuncia as dívidas que não podem ser objeto do processo de repactuação de dívidas, quais sejam:

- a) oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar pagamento;
- b) provenientes de crédito com garantia real;
- c) provenientes de financiamentos imobiliários; e
- d) decorrentes de crédito rural.

O § 2º do art. 104-A do CDC estabelece uma série de consequências ao credor que injustificadamente deixa de comparecer à audiência conciliatória:

- a) suspensão da exigibilidade do débito;
- b) interrupção dos encargos da mora;
- c) sujeição compulsória ao plano de pagamento da dívida, se o montante devido ao credor ausente for certo e conhecido pelo consumidor; e
- d) pagamento ao credor ausente ocorrerá apenas o pagamento aos credores presentes à audiência conciliatória.

Assim, fica evidente que a lei estabeleceu fortes mecanismos de estímulo ao comparecimento do credor à audiência conciliatória.

Com efeito, o procedimento inaugurado pela Lei nº 14.181/2021 é mais um exemplo de incorporação do modelo de sistema de justiça multiportas, explicitamente adotado pelo ordenamento processual vigente, desde a edição do Código de Processo Civil de 2015.

Segundo Cunha (2020, p. 893), os instrumentos da mediação, conciliação e arbitragem consubstanciam meios adequados de disputa, formando um modelo de justiça

multiportas. Conforme esse modelo, cada tipo de controvérsia teria um tipo adequado de solução.

Assim, determinados conflitos seriam adequadamente resolvidos pela medição, enquanto outros pela conciliação, outros, pela arbitragem, e outros conflitos seriam mais bem solucionados pela jurisdição estatal (CUNHA, 2020, p. 893).

O Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2016, p. 18, grifos acrescentados) esclarece a origem da terminologia:

A institucionalização desses instrumentos – ou seja, a inserção desses métodos na administração pública, em especial, no Poder Judiciário – iniciou-se, no final da década de 1970, nos Estados Unidos, em razão de uma proposta do professor Frank Sander denominada Multidoor Courthouse (Fórum de Múltiplas Portas). **Esta organização judiciária, proposta pelo Fórum de Múltiplas Portas (FMP), compõe-se de uma visão do Poder Judiciário como um centro de resolução de disputas, proporcionando a escolha de diferentes processos para cada caso, baseando-se na premissa de que existem vantagens e desvantagens em cada procedimento que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito.** Assim, em vez de existir uma única “porta” (o processo judicial) que conduz à sala de audiência, o FMP trata de um sistema amplo com vários tipos distintos de processo que forma um “centro de justiça”, organizado pelo Estado (e apoiado pela iniciativa privada), no qual as partes podem ser direcionadas ao processo mais adequado a cada disputa.

Prosseguindo na análise do procedimento, o art. 104-A, § 3º, do CDC estipula que, no caso de conciliação com qualquer credor, a sentença homologatória do acordo descreverá o plano de pagamento da dívida, tendo eficácia de título executivo e força de coisa julgada.

O art. 104-A, § 4º, do CDC prevê o conteúdo do plano de pagamento descrito pela sentença homologatória:

- I - medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor, entre outras destinadas a facilitar o pagamento da dívida;
- II - referência à suspensão ou à extinção das ações judiciais em curso;

III - data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e de cadastros de inadimplentes;

IV - condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento.

Convém ressaltar que a conciliação pode ser facultativamente realizada perante os órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, a teor do art. 104-C do CDC:

Art. 104-C. Compete concorrente e facultativamente aos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas, nos moldes do art. 104-A deste Código, no que couber, com possibilidade de o processo ser regulado por convênios específicos celebrados entre os referidos órgãos e as instituições credoras ou suas associações.

§ 1º Em caso de conciliação administrativa para prevenir o superendividamento do consumidor pessoa natural, os órgãos públicos poderão promover, nas reclamações individuais, audiência global de conciliação com todos os credores e, em todos os casos, facilitar a elaboração de plano de pagamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, sob a supervisão desses órgãos, sem prejuízo das demais atividades de reeducação financeira cabíveis.

§ 2º O acordo firmado perante os órgãos públicos de defesa do consumidor, em caso de superendividamento do consumidor pessoa natural, incluirá a data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e de cadastros de inadimplentes, bem como o condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento, especialmente a de contrair novas dívidas.

O art. 104-B, *caput*, do CDC prevê que, não havendo êxito na conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz, a requerimento do consumidor, “instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes”, hipótese na qual será apresentado um “plano judicial compulsório”.

Cumprir notar que a dicção utilizada pelo dispositivo legal não parece adequada. Isso porque está previsto que, frustrada a conciliação, a pedido do devedor, o juiz “instaurará processo”, como se fosse iniciado um novo feito, diverso do processo destinado à conciliação.

No entanto, Gagliano e Oliveira (2021, p. 20) afirmam ser mais adequado compreender que há apenas um processo, com duas fases procedimentais: i) fase de repactuação de dívidas; e ii) fase de revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes.

Os autores (GAGLIANO; OLIVEIRA, 2021, p. 20-21) afirmam que “o próprio caput do art. 104-B do CDC dá suporte a essa interpretação, pois sua redação dá noção da existência de uma linha continuidade processual.”

Instaurada a segunda fase procedimental, será realizada a citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado eventual acordo celebrado, sendo concedido o prazo de quinze dias para os credores citados juntarem documentos ou apresentarem razões para se negarem a anuir ao plano voluntário ou se negarem a renegociar (art. 104-B, caput, c/c § 2º, do CDC). Além disso, serão considerados no processo por superendividamento os documentos e as informações prestadas na audiência conciliatória realizada na primeira fase (art. 104-B, § 1º, do CDC).

O art. 104-B, § 3º, do CDC faculta ao juiz a possibilidade de nomear administrador, desde que isso não onere as partes, a quem incumbe apresentar, no prazo de trinta dias, plano de pagamento que contemple medidas de temporização ou de atenuação dos encargos suportados pelo consumidor.

Por fim, a lei elenca os requisitos que devem ser obedecidos pelo plano judicial compulsório (art. 104-B, § 4º, do CDC):

- a) assegurará aos credores, no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço;
- b) preverá a liquidação total da dívida;
- c) terá o prazo máximo de 5 (cinco) anos, após a quitação do plano de pagamento consensual eventualmente elaborado na primeira fase do procedimento;
- d) a primeira parcela será devida no prazo máximo de 180 (cento e oitenta dias), contado de sua homologação judicial;
- e) o restante do saldo será devido em parcelas mensais iguais e sucessivas.

## 6. Conclusão

A Lei nº 14.181/2021 (Lei do Superendividamento), que aperfeiçoa a disciplina do crédito ao consumidor e dispõe sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento, foi editada como resposta a um problema já apontado pela doutrina há bastante tempo.

O art. 54-A, § 1º, do CDC define superendividamento como a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

O superendividamento é uma questão diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88), mais especificamente com o mínimo existencial do indivíduo, uma vez que sua prevenção e tratamento visa ao combate à exclusão social proporcionada pela ausência de crédito e de capacidade financeira para honrar suas dívidas.

Nessa senda, a Lei nº 14.181/2021 trouxe novos direitos básicos do consumidor, princípios e instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo, de modo a permitir o tratamento adequado a esse importante problema.

A par disso, no campo processual, a Lei do Superendividamento instituiu um novo procedimento (processo de conciliação e repactuação de dívidas), nos arts. 104-A a 104-C do CDC, que visa essencialmente a elaboração de um plano de pagamento das dívidas do consumidor.

O procedimento é bifásico, sendo que a primeira fase se caracteriza pela consensualidade e pode culminar com a homologação de um acordo consubstanciado em um plano de pagamento consensual.

Acaso frustrada a conciliação, o processo pode prosseguir, a requerido do consumidor, para uma fase que culminará com a decretação de um plano de pagamento judicial compulsório, cujos requisitos se encontram no art. 104-B, § 4º, do CDC.

Verifica-se, assim, que a Lei nº 14.181/2021 trouxe eficazes instrumentos jurídicos de tutela à situação do consumidor superendividado.

## 7. Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a Emenda Constitucional nº 116, de 17 de fevereiro de 2022. Disponível em

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14181.htm)>. Acesso em: 12 mar. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Breves comentários à Lei do Superendividamento (Lei 14.181/2021)**. Blog Dizer o Direito. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2021/07/breves-comentarios-lei-do.html#:~:text=Foi%20publicada%20hoje%20mais%20uma,e%20o%20tratamento%20do%20superendividamento>>. Acesso em: 12 mar. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6ª ed. Brasília/DF: CNJ, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. **Comentários à “Lei do Superendividamento” (Lei nº 14.181, de 01 de julho de 2021) e o Princípio do Crédito Responsável: uma primeira análise**. Disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/7/29FED44D9509EF\\_ComentariosaLeidoSuperendivida.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/7/29FED44D9509EF_ComentariosaLeidoSuperendivida.pdf)>. Acesso em: 12 mar. 2022.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



## FRAUDE PATERNAL: UMA LACUNA DO DIREITO

**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:** Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós – graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal e Criminologia na graduação e na pós – graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.

**BIANCA CRISTINE PIRES DOS SANTOS CABETTE**<sup>58</sup>

(coautora)

### 1 – INTRODUÇÃO

Na dogmática alemã se fala do chamado “espaço livre de direito” (“Rechtsfreierraum”), especialmente na seara penal, para referir-se a certas condutas que, embora não consideradas como propriamente ilícitas, se situam em uma espécie de limbo neutro do Direito. Modalidades de questões adiafóricas ou indiferentes. Nessas situações não haveria “aprovação” jurídica da conduta, mas tão somente a manutenção de uma posição de neutralidade, uma espécie de recuo do mundo do Direito, deixando a questão à consciência ética do indivíduo. 59

Segundo essa doutrina, tais situações, face à sua relevância, são reguladas pelo Direito, afastando a aplicação de sanções de forma explícita, daí que algumas excludentes de antijuridicidade seriam assim consideradas nesse pensamento. Porém também se menciona outro conceito que pode ser eventualmente confundido com o “espaço livre de direito”. Trata-se do “espaço *vazio* de direito”. Nas palavras de Silva e Souza:

Em contrapartida, é necessário que se tenha a noção de que se há conceitos juridicamente “relevantes” é porque há também espaço para aqueles que se devam considerar “irrelevantes”, os quais devem ser entendidos como um “espaço vazio de direito”. Este esvaziamento do direito, cuja razão de sua existência é fruto do desejo da própria ordem jurídica, não deve ser entendido como algo não regulado juridicamente, mas sim como um fato regulado de

---

58 Advogada, Pós – Graduada em Direito Público e Pós – graduada em Direito Civil e Processual Civil.

59 Cf. KAUFMANN, Arthur, Apud DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Tomo I. São Paulo: RT, 2007, p. 402.

forma negativa por meio da negação de uma consequência jurídica. Esse espaço vazio de direito não pode ser confundido com o espaço “livre” de direito, os quais são uma forma de conceito jurídico relevante, mas para o qual a ordem jurídica abdicou, por suas razões, de lhe dar certa valoração, especialmente de licitude e ilicitude. 60

Dessa maneira, o “espaço vazio de direito” se refere a “fatos que não possuem qualquer definição jurídica, daí porque não pode ser considerado como norma jurídica”. 61

É bem sabido que existe muita discussão acerca da existência ou inexistência de “lacunas” no ordenamento jurídico e que não há uma distinção ontológica entre a lacuna e o “vazio” jurídico. Ou seja, a natureza desses elementos é a de que para determinados fatos ou condutas inexistente norma ou solução expressa no ordenamento. 62 Nisso em nada diferem entre si. Entretanto, o espaço jurídico vazio seria uma deliberada limitação do Direito, uma área na qual o ordenamento não quis empreender regulações e preferiu deixar as pessoas livres para agir. Diversamente, uma lacuna seria uma efetiva “falha” ou “deficiência” a exigir solução. No caso do “espaço vazio de direito”, a solução está dada pelo afastamento do mundo jurídico a respeito da questão intencionalmente omitida. A solução no caso do “espaço vazio” é a liberdade de ação ou omissão das pessoas de acordo com suas consciências. Portanto, embora não se possa vislumbrar, nessa perspectiva, diferença ontológica entre “lacuna” e “vazio”, existe uma distinção possível referente à intencionalidade do ordenamento. 63

Neste trabalho, sem entrar em minúcias acerca do “dogma da completude” do Direito 64, pretende-se estudar a falta de tipificação penal para a chamada “Fraude Paternal”, bem como do tratamento prejudicial ao homem na seara civil dos alimentos de acordo com a doutrina e jurisprudência prevalentes, também na ausência de uma regulamentação explícita do tema.

Iniciar-se-á por uma exposição do problema pouco explorado da “Fraude Paternal”, expondo seu conceito e seu tratamento usual nos ordenamentos jurídicos. Em seguida será abordada a questão do chamado “Garantismo Integral” e sua infração pela

---

60 SILVA E SOUZA, Carlos Eduardo. Arthur Kaufmann e a Norma Jurídica: da superação da forma a uma perspectiva social do Direito. Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=b817f8dad313f809>, acesso em 06.02.2022.

61 Op. Cit.

62 DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 1.

63 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 127 – 132.

64 Op. Cit., p. 122 – 126.

ausência de regulamentação positiva acerca da “Fraude Paternal”. Finalmente, será estudada a situação em que se acha no Brasil a questão da atipicidade penal da “Fraude Paternal”, com propostas de soluções, bem como da falta de regulação legal e da posição doutrinário – jurisprudencial prejudicial ao homem sobre a questão de alimentos indevidamente pagos nesse contexto. Desde logo, deixando de lado o “dogma da completude” do ordenamento, como já destacado, se pode dizer que há uma efetiva “lacuna” a ser preenchida sobre o tema, não sendo possível, sob pena de violação da equidade e justiça, atribuir à falta de regulação um “espaço vazio de direito”, cuja existência pode se insinuar devido à posição da doutrina e jurisprudência civil (alimentos). Realmente é possível entrever uma intencionalidade no silêncio legislativo. Mas, é urgente tomar consciência e denunciar que essa intencionalidade de *esvaziamento jurídico* do tema e consequente liberalidade para com a conduta da “Fraude Paternal”, não são admissíveis moral, jurídica e socialmente. Há aqui sim uma efetiva “lacuna”, uma “falha” ou “deficiência” do mundo jurídico e também, no caso da solução na seara civil para o problema dos alimentos indevidamente pagos, um erro e uma injustiça a serem devidamente reparados.

## 2 – A FRAUDE PATERNAL

A “Fraude Paternal” consiste em atribuir falsamente a paternidade a um homem de forma intencional. Ou seja, ocorre “Fraude Paternal” sempre que uma mãe mente a um homem dizendo-lhe que é o pai de seu filho. 65

Conforme aduz Roxana Kreimer, essa é uma das grandes desvantagens de que padecem os homens, afinal é praticamente impossível a correlata “Fraude Maternal”. Usando a expressão “fraude por paternidade”, a conceitua como aquela em que uma mulher assegura que um homem é o pai biológico de seu filho, sabendo que não é. A autora faz alusão a uma pesquisa britânica de 2016 que apontou que a cada 50 homens 1 acreditava ser pai de um filho que, na verdade, não era seu. 66

Os danos que podem emergir dessa conduta são muitos e tendem a tornarem-se cada vez mais gravosos e intensos quanto mais tempo se leve para a descoberta da mentira. Um homem pode ser conduzido a dedicar uma série de recursos materiais e criar vínculos emocionais, os quais não somente lhe causam lesões a bens jurídicos importantes, mas também à sua eventual prole real.

Não obstante a gravidade da conduta enfocada e de suas consequências materiais e morais, a “Fraude Paternal” não é considerada como crime na maioria dos países.

---

65 JIMÉNEZ, Daniel. *Deshumanizando Al Varón – Pasado, Presente y Futuro del Sexo Masculino*. Ebook Kindle, p. 260.

66 KREIMER, Roxana. *El Patriarcado no Existe Más*. Buenos Aires: Galerna, 2020, p. 612.

Em uma clara intencionalidade de apontar para um inaceitável “espaço vazio de direito”, um então porta – voz do Ministério da Justiça alemão, chamado Piotr Malachowski, afirma que esses casos se referem a um “assunto privado que não compete à Justiça”. Na Espanha e em muitos outros países há uma exigência desmedida de comprovação de que a fraude tenha produzido “um enorme dano psicológico para poder demandar em termos de ‘danos’”, sendo, porém admissível acionar a mãe fraudadora por “enriquecimento ilícito”. 67

Aquilo que se pode denominar de “violência reprodutiva contra o homem”, no entanto não é considerado como crime em geral no Direito comparado, assim como no nosso próprio ordenamento. Na verdade o que ocorre na maioria dos casos é que a situação sofrível do homem nessas circunstâncias é ainda mais agravada pelo Estado, o qual obriga pais enganados a manter filhos que não são seus, mesmo diante de comprovação inequívoca por exame de DNA. Pode-se pensar que isso seria uma característica de países pouco desenvolvidos. Mas, essa é a posição albergada pela “maioria dos juízes nos Estados Unidos, onde há numerosos precedentes”. Destaca-se o caso de um homem que foi obrigado a continuar pagando alimentos, mesmo depois que a mãe fraudadora se casou com o verdadeiro pai biológico da criança. No Japão, embora dotado de uma cultura bastante conservadora, o “Tribunal Supremo” considerou que mesmo resultados de DNA negativos de paternidade imputada não são suficientes para invalidar as obrigações “paternas” (sic) de quem, na verdade, não é realmente o pai. Pior que isso é o que ocorre na França, onde são proibidos exames de paternidade privados. E mais, tal conduta é considerada criminosa para o homem e apenada com um ano de prisão e multa de até 15.000 euros. O exame de paternidade na França só pode ser levado a efeito mediante ordem judicial, de forma que é o suposto pai excluído do direito de investigar se foi ou não enganado, sem que tenha a autorização do “aparato estatal”. A Espanha não penaliza o pai pela investigação de paternidade e permite que no prazo de um ano possa demonstrar a ocorrência de “Fraude Paternal”. No entanto, não prevê qualquer compensação por pagamento de alimentos e outras despesas indevidas. Apenas na Alemanha, inobstante a manifestação supra mencionada do porta – voz Malachowski, é que se tem tomado alguma providência para compensar o homem enganado, estabelecendo que o pai biológico deverá restituir até dois anos de alimentos e outras despesas empreendidas, bem como obrigando a mãe cuja fraude for descoberta a indicar o nome do pai verdadeiro, sob pena de multa cominatória ou *astreintes* e até mesmo de prisão civil. 68

Em geral essa deficiência protetiva do homem enganado tem sido pretensamente justificada pelo interesse superior do bem – estar do menor envolvido. Contudo, essa

---

67 JIMÉNEZ, Daniel. Op. Cit., p. 260 – 261.

68 Op. Cit., p. 262.

suposta justificativa não se sustenta, pois que há certamente meios de desobrigar o homem enganado, punir a fraude e indenizar os danos morais e materiais, sem necessariamente prejudicar o menor envolvido. Não se trata de um jogo de soma zero, onde a criança é necessariamente prejudicada se o homem é protegido. A responsabilidade pela manutenção do menor obviamente pode e deve ser transferida para o verdadeiro pai biológico, o qual, na verdade, é aquele que tinha a obrigação desde o início. Acaso este não tenha condições, há sempre a possibilidade de complemento por seus ascendentes e/ou pelos familiares da mãe. Também caberia ao pai biológico e/ou também à mãe fraudadora a compensação financeira ao homem lesado. A verdade é que existem muitas alternativas sem prejuízo ao menor implicado, o que inexistente é vontade política de implementação dessas soluções, bem como uma tendência a penalizar os homens em toda e qualquer relação de gênero, por razões meramente ideológicas que impõem um filtro deformador da realidade. Isso é notável pela absoluta insensibilidade para com o fato de que nesses casos de "Fraude Paternal" a Justiça acabe castigando a vítima, sem gerar a mais mínima indignação social ou pleito pelo reconhecimento da conduta enfocada como crime. 69

Sommers enfatiza o fenômeno do ginocentrismo ideológico que oculta a humanidade comum entre as pessoas, independentemente de sexo ou gênero:

Ouvimos muito pouco hoje sobre como as mulheres podem se unir aos homens em igualdade de condições para contribuir para uma cultura humana universal. Em vez disso, a ideologia feminista tomou um rumo divisivo e ginocêntrico, e a ênfase agora está nas mulheres como uma classe política cujos interesses estão em desacordo com os interesses dos homens. 70

Como bem aduz Jiménez:

El tratamiento del fraude paternal en la mayoría de los países constituye una muestra inequívoca de discriminación sexista en el ámbito jurídico, político y mediático. En un mundo que afirma querer avanzar hacia la igualdad, es necesario señalar la incongruencia de relegar esta forma de violencia reproductiva al ámbito privado y

---

69 Op. Cit., p. 262 – 263.

70 SOMMERS, Christina Hoff. *Who Stole Feminism? How women have betrayed women*. New York: Touchstone, 1994, p.24. Tradução livre. No original: "We hear very little today about how women can join with men on equal terms to contribute to a universal human culture. Instead, feminist ideology has taken a divisive, gynocentric turn, and the emphasis now is on women as a political class whose interests are at odds with the interests of men".

estabelecer un debate público que desemboque en modificaciones legales. 71

É claro que seria de um anacronismo grotesco pretender apontar o pensamento feminista radical como a origem ou fonte remota da falta de atenção para com a “Fraude Paternal” nos âmbitos penal e civil. Tanto a atipicidade penal quanto a desconsideração para com as agruras do homem no campo cível, são antecedentes, havendo até mesmo brocardo latino relativo à irrepetibilidade do indébito alimentar em geral (“Alimenta decernuntur, (...) nec teneri ad restitutionem praedictorum alimentorum, in casu quo victus fuerit” – “Os alimentos são decretados e não vinculados a restituição em caso de derrota”).<sup>72</sup> Porém, é preciso rastrear as origens do fenômeno de ideias difundidas acriticamente pelos cultores do Direito e que já poderiam ter sido objeto de muito maior reflexão e consequente evolução. Fato é que se um feminismo radical influente e tendente a obscurecer os padecimentos masculinos não estivesse tão arraigado no senso comum e na intelectualidade, fatos como a “Fraude Paternal” não teriam passado despercebidos e sido relegados a um olvido lacunoso absolutamente injusto e desproporcional. Sem as travas ideológicas conscientes ou inconscientes, as lacunas absurdas nos campos penal e civil acerca da “Fraude de Paternidade” já teriam sido superadas há tempos, ao invés de se perpetuarem até a atualidade e serem objeto de raríssimas denúncias como a deste texto, o qual corre o risco de ainda ser mal recebido no seio de grupos ajustados a uma tradição que se julga “progressista” e não percebe o quanto é, na verdade, reacionária e infensa a qualquer discordância crítica.

Há um caldo cultural bem assentado que conduz ao desprezo pelas desvantagens masculinas e que certamente tem promovido e mantido um atraso na solução de problemas como a “Fraude Paternal”.

Sommers demonstra como essa mentalidade divisiva e preconceituosa atinge até mesmo a formação e o tratamento dado a crianças do sexo masculino, o que certamente induz futuros profissionais e estudiosos do direito a serem desleixados com relação aos problemas que afetam ao homem. Homens e até meninos são considerados como naturalmente violentos e violadores, sendo os segundos tachados como

---

71 JIMÉNEZ, Daniel. Op. Cit., p. 263.

72 VALASCI, Alvari. *Consultationum Ac Rerum Judicatarum*. Ebook - Google, p. 3. Disponível em [https://books.google.com.br/books?id=cJZmAAAaAAJ&pg=PA3&lpg=PA3&dq=%22Alimenta+decernuntur,+nec+teneri+%22&source=bl&ots=abZ3QIMzUD&sig=ACfU3U1bkeMW\\_MyjKhjpaRzuHyIhKWORRO&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwjjuOzqjvP1AhXuHlKGHQyiDZUQ6AF6BAgPEAM#v=onepage&q=%22Alimenta%20decernuntur%2C%20nec%20teneri%20%22&f=false](https://books.google.com.br/books?id=cJZmAAAaAAJ&pg=PA3&lpg=PA3&dq=%22Alimenta+decernuntur,+nec+teneri+%22&source=bl&ots=abZ3QIMzUD&sig=ACfU3U1bkeMW_MyjKhjpaRzuHyIhKWORRO&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwjjuOzqjvP1AhXuHlKGHQyiDZUQ6AF6BAgPEAM#v=onepage&q=%22Alimenta%20decernuntur%2C%20nec%20teneri%20%22&f=false), acesso em 08.02.2022. A lembrança desse brocardo na doutrina nacional é originária de Pontes de Miranda: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. Volume III. Campinas: Bookseller, 2001, p. 218.

“protomaltratadores” que precisam de “programas de intervenção e socialização” capazes de extirpar os “estereótipos masculinos”. 73 Isso resulta na promoção das meninas como vítimas constantes de prejuízos e dos meninos sempre e necessariamente como o gênero injustamente favorecido. Não há dúvida de que o crescimento da influência desses promotores da chamada “Justiça de Gênero” tem sido responsável por um ambiente cultural hostil a qualquer estudo ou preocupação com o gênero masculino, considerado sempre através das lentes ideológicas que o transformam em um invariável privilegiado opressor. 74 Nos Estados Unidos, departamentos de educação acatam um guia denominado “Gender Violence! Gender Justice”, onde são encontradas lições que visam conscientizar os meninos sobre como “os homens causam sistematicamente sofrimento às mulheres”. 75 Cada vez mais os meninos vivem em um ambiente de desaprovação nas escolas. São vistos rotineiramente como “protosexistas”, “abusadores potenciais” e “perpetradores de injustiça de gênero”. Os garotos vivem hoje sob uma “nuvem de censura” que os coloca em “permanente estado de culpabilidade”. 76 Note-se que a abordagem é eminentemente unidirecional, desconsiderando a bilateralidade inerente a qualquer relação intersubjetiva, o que indubitavelmente induz à formação de um pensamento simplista, incapaz de abarcar a complexidade do mundo da vida. Pessoas com essa formação (ou deformação) intelecto – emocional serão inevitavelmente incapazes de detectar falhas, por exemplo, no tratamento jurídico conferido aos homens em temas como o discutido neste trabalho, gerando uma indevida estagnação da ciência jurídica e até mesmo um bloqueio acadêmico do livre debate. Não é que tais pessoas sejam capazes de vislumbrar uma desigualdade, uma lacuna, mas rejeitar argumentativamente e intelectualmente a necessidade de sua correção. Na verdade, indivíduos (homens ou mulheres) assim formados (deformados) são incapazes sequer de perceber a existência de um problema a ser estudado e debatido. E quando confrontados com a questão reagem de forma emocional, movidos por um condicionamento ou até mesmo um adestramento moral e intelectual.

É justamente por isso que é premente a necessidade de discussão a respeito do tema da “Fraude Paternal” e da alteração do horizonte de abordagem, interpretação e regulamentação do problema na seara jurídica penal e civil. Isso é o que inspira a elaboração deste texto, onde se pretende expor uma visão crítica do “status quo” da questão, pugnando por um tratamento justo e igualitário entre mulheres e homens.

---

73 SOMMERS, Christina Hoff. *La Guerra contra Los Chicos – Cómo un feminismo mal entendido está dañando a los chicos jóvenes*. Trad. Lourdes Huanqui. Scribt PDF Lectulandia, 2014, p. 42

74 Op. Cit., p. 42 – 43.

75 Op. Cit., p. 47.

76 Op. Cit., p. 48.

### 3 – FRAUDE PATERNAL E A SITUAÇÃO DO HOMEM ENGANADO SOB O PRISMA DO GARANTISMO INTEGRAL

A teoria do “Garantismo Jurídico” apregoada, dentre outros, por Ferrajoli 77 costuma ser deturpada por muitos mediante uma redução indevida a seu aspecto negativo que se refere à imposição de limites ao arbítrio estatal frente ao indivíduo. Nesse passo, acaba-se descurando a face positiva da teoria enfocada, que diz respeito às obrigações estatais de garantia de proteção a bens jurídicos.

Opõem-se então duas facetas do Garantismo:

Uma que se tem denominado de “Garantismo Hiperbólico Monocular”, a qual exatamente enxerga e descreve o Garantismo apenas sob sua concepção negativa, levando ao extremo as garantias do indivíduo perante o Estado, sem a contrapartida do chamado “Garantismo Positivo”. Essa é uma visão evidentemente perversa da teoria. Outra, que se constitui na correta concepção garantista, tem sido chamada de “Garantismo Integral”, abrangendo o “Garantismo negativo” ao lado do “Garantismo positivo” em uma relação de complementariedade. Pugna-se pela proteção de todos os direitos fundamentais, sejam eles atinentes a investigados ou réus, sejam relativos às vítimas ou qualquer prejudicado por uma conduta dotada de reprovabilidade. Por isso se fala em “proibição de excesso” (limites ao Estado perante o indivíduo, evitando o arbítrio) e “proibição de insuficiência protetiva” (impossibilidade de deixar bens jurídicos sem a devida, razoável e proporcional proteção). 78

---

77 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer “et al.” São Paulo: RT, 2002, “passim”.

78 Cf. FISCHER, Douglas. Garantismo Penal Integral (e não o Garantismo Hiperbólico Monocular) e o Princípio da Proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina do TRF – 4*. Porto Alegre: n. 28, mar. 2009. Disponível em [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html), acesso em 08.02.2022. Ver também a contraposição entre “Garantismo Binocular” e “Garantismo Monocular”: GARANTISMO Penal Binocular X Garantismo Monocular. Disponível em <https://www.institutoformula.com.br/garantismo-penal-binocular-x-garantismo-monocular/>, acesso em 08.02.2022. **a) Garantismo binocular:** analisado de forma bifronte, não nega ao réu os direitos à ampla defesa e ao contraditório, ou à presunção de inocência, mas preconiza que jamais se deve abolir a proteção do bem jurídico violado, pois o Estado não pode oferecer uma proteção deficiente à sociedade na defesa dos bens jurídicos relevantes. Visa resguardar os direitos fundamentais não apenas do réu ou do investigado, mas também os direitos fundamentais da vítima e os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Zela pela correta e justa aplicação da pena e por sua execução na defesa e na reafirmação do bem jurídico relevante lesado pela conduta criminosa. **b) Garantismo monocular:** O garantismo monocular somente observa os direitos dos acusados, negando a eficácia do Direito Penal como forma de afirmação dos bens jurídicos valorados. É a negação disfarçada do Direito Penal como instrumento positivo de controle social e de justiça, entendendo que os demais ramos do direito e outras políticas públicas são suficientes para diminuir a criminalidade e solucionar os conflitos sociais. Preocupa-se apenas com os direitos fundamentais



No tema da “Fraude Paternal” o que ocorre é que uma indevida ideologização da questão sob o prisma de gênero acaba obnubilando o necessário tratamento do problema de maneira ampla e não de forma unilateral, deixando de lado, sem pudores, a vitimização do homem.

Um influente feminismo radical propõe uma visão “divisiva da realidade social e política”, acreditando na existência de uma “guerra de gênero”, de maneira a somente dar ênfase a “histórias de atrocidades” perpetradas pelos homens contra as mulheres, a fim de alertar estas últimas sobre sua situação sofrível. 79 Nesse quadro não é de espantar que a bilateralidade das relações intersubjetivas entre homens e mulheres seja totalmente obliterada em detrimento dos primeiros, ao ponto de ocasionar até mesmo sua desumanização. 80 Fato é que conforme bem descreve Sommers:

“A presunção de que os homens estão coletivamente engajados em manter as mulheres para baixo convida as feministas a se unirem em uma comunidade ressentida”.  
81

E, como é sabido, o ressentimento geralmente conduz a uma cegueira deliberada ou mesmo patológica, o que, no mundo social e jurídico, somente pode levar a injustiças.

Nas circunstâncias de “Fraude Paternal” os homens estão em meio a um quadro nítido de “insuficiência protetiva”, seja no campo penal, seja no civil, de forma que o “Garantismo Integral” cede espaço, de maneira inadmissível, a um “Garantismo Monocular”.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos consolidou no Caso Velásquez Rodrigues vs. Honduras, que os Estados – Partes têm obrigação de tutelar positivamente os Direitos Humanos e não somente obrigações negativas neste campo. Restou consignado expressamente no § 176 que os Estados têm a obrigação de “investigar toda situação na qual tenham sido violados direitos humanos protegidos pela convenção. Se o

---

dos outros cidadãos, com os direitos da coletividade e com os deveres fundamentais. Por seu turno, no Garantismo hiperbólico monocular evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma isolada (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos investigados, processados ou condenados”.

79 Completo no original: “The feminists who hold this divisive view of our social and political reality believe we are in a gender war, and they are eager to disseminate stories of atrocity that are designed to alert women to their plight”. Cf. SOMMERS, Christina Hoff. *Who Stole Feminism? How women have betrayed women*. New York: Touchstone, 1994, p.16.

80 Cf. JIMÉNEZ, Daniel. *Deshumanizando Al Varón – Pasado, Presente y Futuro del Sexo Masculino*. Ebook Kindle, “passim”.

81 SOMMERS, Christina Hoff. Op. cit., p. 21.

aparato do Estado atua de modo que tal violação fique impune e não se restabeleça, enquanto possível, à vítima a plenitude de seus direitos, pode afirmar-se que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição". Ademais a Corte IDH ofertou uma definição de impunidade como sendo "a falta em seu conjunto de investigação, persecução, captura, instrução processual e condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana, uma vez que o Estado tem a obrigação de combater tal situação por todos os meios legais disponíveis, já que a impunidade propicia a repetição crônica das violações dos direitos humanos e total desproteção das vítimas e seus familiares" (Caso Ivcher Bronstein, Sentença de 06.02.2001. Série C, n. 74, par. 186; Caso do Tribunal Constitucional, Sentença de 31.01.2001. Série C, n. 71, par. 123; Caso Bámaca Velásquez, Sentença de 25.11.2000. Série C, n. 70, par. 211).

Não resta dúvida de que a "Fraude Paternal" tem potencial para ultrajar direitos do homem, como sua dignidade, sua estabilidade emocional, seu patrimônio, sua família etc. E a Convenção Americana sobre Direitos Humanos assegura a proteção à dignidade (artigo 11, item 1); a Proteção da Família (artigo 17, itens 1 e 4); a propriedade privada ou patrimônio (artigo 21, itens 1 e 2), afora a igualdade (artigo 24) e a Proteção Judicial (artigo 25). E os mesmos direitos são também garantidos pelo nosso ordenamento interno na Constituição Federal (artigo 1º, III; artigo 226; artigo 170, II; artigo 144; artigo 5º, I e XXXV).

Entretanto, o tratamento dado ao problema da "Fraude de Paternidade" tem sido absolutamente omissivo e lacunoso quanto a todas essas garantias.

Isso mesmo já havendo nosso Supremo Tribunal Federal estabelecido sua adesão incontestante ao "Garantismo Integral", tal como se vê no seguinte julgado:

"O princípio da proporcionalidade, implicitamente consagrado pelo texto constitucional, propugna pela proteção dos direitos fundamentais **não apenas contra os excessos estatais, mas igualmente contra a proteção jurídica insuficiente, conforme a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais**" (RE n. 971.959/RS, STF, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, j. 14.11.2018, Dje 190 Divulg. 30.07.2020, publ. DJ 31.07.2020 – grifo nosso).

Parece então isento de dúvidas o fato de que a questão da "Fraude Paternal" mereceria por parte do legislador maior atenção, com vistas à proteção de bens jurídicos lesados com relação ao homem vitimizado por tal conduta. Pode-se afirmar que o tratamento dado ao tema no momento é eivado de inconveniência e inconstitucionalidade por insuficiência protetiva.

#### 4 – FRAUDE PATERNAL E DIREITO PENAL

Como já visto, na atual conjuntura, a conduta que constitui a “Fraude Paternal” é penalmente atípica, o que deixa sem proteção diversos bens jurídicos da vítima.

Tendo em vista a pluralidade de bens jurídicos em jogo, seriam possíveis várias propostas para a criminalização. A título exemplificativo:

Considerando o bem jurídico patrimônio, que pode ser atingido pelo pagamento de alimentos, em situações que envolvam sucessão hereditária e mesmo na prática de liberalidades como doações, presentes etc., seria possível vislumbrar a viabilidade de que a “Fraude Paternal” fosse incluída como um inciso do § 2º, do artigo 171, CP. Seria uma modalidade especial de estelionato.

Outra possibilidade, considerando o fato de que poderia haver lançamento de informação falsa em Certidão de Nascimento e outros documentos públicos ou privados, seria o crime de “Falsidade Ideológica” por parte da mulher infratora (artigo 299, CP).

Poderia ainda, tendo em vista o envolvimento da família e do estado de filiação, ser promovida uma alteração no artigo 242, CP para inserir a conduta de atribuir falsamente a paternidade de filho de outrem a um homem.

A nosso ver, a previsão desse tipo de conduta como crime patrimonial é reducionista, pois que envolve muito mais do que apenas o patrimônio. Também é reducionista a previsão como crime contra a fé pública. Assim sendo, entendemos que o mais correto seria a criminalização da conduta da “Fraude de Paternidade” como um ilícito penal abrigado no Título VII – Dos Crimes contra a Família, Capítulo II – Dos Crimes contra o Estado de Filiação. Esses parecem ser os bens jurídicos mais relevantes e afetos diretamente ao caso, tanto com relação ao homem enganado, quanto com referência à criança e outros envolvidos (tios, avós, irmãos etc.), que também sofrerão as consequências da atitude tresloucada da genitora.

No entanto, não parece que a melhor solução seja a inclusão da conduta no corpo do artigo 242, CP. Seria de melhor técnica a criação de um novo tipo penal específico, um artigo 242 – A, CP para incriminar exatamente a “Fraude Paternal”, inclusive com o emprego desse “nomen juris”. Para tal crime deveria ser prevista uma pena de reclusão, de 2 a 6 anos, tal como no artigo 242, CP, com acréscimo da previsão de uma pena de multa, tendo em vista a potencialidade de dano material ao homem vitimado. Mas sem as benesses do Parágrafo Único do artigo 242, CP, eis que a conduta é vil, torpe, não sendo possível vislumbrar qualquer motivação nobre em um ato como esse. Quanto aos demais bens jurídicos envolvidos, seria interessante prever um parágrafo com incisos de casos de aumento de pena: um aumento de pena de 1/3 até 1/2, acaso houvesse requerimento e/ou recebimento por parte da genitora infratora de qualquer espécie de valor patrimonial referente a alimentos ou prestado pela vítima a qualquer título, assim como o ingresso

com ação de reconhecimento de paternidade sabidamente improcedente. A variação entre  $1/3$  e  $1/2$ , seria útil porque certamente o aumento não poderia ser o mesmo quando houvesse apenas o requerimento de algum valor e quando esse valor fosse realmente prestado, também não poderia ser o mesmo no caso do requerimento informal, de um simples pedido de ajuda e na situação em que a mulher ajuíze uma ação de alimentos, por exemplo. Assim também deveria variar o aumento com relação ao montante maior ou menor do prejuízo patrimonial causado à vítima. Em outro inciso deveria constar outro aumento de pena da mesma ordem anterior acaso houvesse efetivo registro de nascimento em nome do homem vitimizado como pai. Eventuais danos à honra causados pela imputação falsa de paternidade que venham a constituir crimes contra a honra devem ser absorvidos, pois que inerentes às circunstâncias. Da mesma forma seriam absorvidos crimes relativos à falsidade material ou ideológica no que se refere ao registro de nascimento, pois que já previstos como causa de aumento, configurando “bis in idem” eventual pretensão de concurso. Em havendo concomitância das situações a ensejarem os respectivos aumentos, poderia o magistrado optar, fundamentadamente, pela aplicação em cascata das exasperações ou, como seria mais comum, seguindo o artigo 68, Parágrafo Único, CP, aplicando apenas um dos aumentos dentro das balizas mínima e máxima legalmente previstas.

Outro aspecto importante seria relativo ao tempo de duração da falsa atribuição de paternidade, pois quanto maior a dilação temporal dessa situação maiores tenderão a ser os prejuízos (especialmente emocionais) tanto para o pai suposto quanto para o filho(a), bem como outras pessoas envolvidas (avós, irmãos, tios etc.). Isso, a nosso sentir, deveria compor uma qualificadora com pena de reclusão, de 4 a 8 anos, sempre que a duração da mentira ultrapassasse o período de um ano. Acima de um ano, a variação de tempo seria individualizada de acordo com o intervalo de pena “in abstracto” legalmente previsto. Essa qualificadora deveria ser inscrita em um parágrafo que antecederesse às causas de aumento de pena, já que os parágrafos se aplicam a tudo que está acima deles. Assim sendo, em havendo a qualificadora temporal e ainda as causas de aumento, seria possível aplicar as exasperações devidas à pena qualificada sem qualquer problema. Nesse mesmo parágrafo deveria também ser prevista outra causa de qualificação: quando o homem, em razão da falsa imputação de paternidade, venha a sofrer investigação criminal ou ação penal por crimes contra a assistência familiar, especificamente de “Abandono Material ou Intelectual” (artigos 244 e 246, CP). Assim também se padecer Prisão Civil por Dívida Alimentícia. Em havendo concomitância de qualificadoras, a questão deverá ser resolvida mediante individualização entre as balizas máxima e mínima cominadas. Obviamente, em se tratando de circunstância que qualifica o crime, a eventual “Denúncia Caluniosa” (artigo 339, CP) por abandono material ou intelectual será absorvida, já que pretensão concurso configuraria “bis in idem”.

Finalmente, como se trata de uma situação onde se oculta a verdade e sua descoberta pode demandar muito tempo, antes do qual seria impossível a persecução penal da infratora, é preciso pensar num marco especial para o início da prescrição. Esse marco deveria ser a data do conhecimento da fraude pelo homem vitimado. A partir do seu conhecimento é que se iniciaria a contagem do prazo prescricional.

Tendo em vista a variedade de bens jurídicos envolvidos (patrimônio, integridade psíquica, fé pública, estado de filiação) e de pessoas que podem ser prejudicadas (o homem dado como pai suposto, o filho (a) suposto, os filhos(as) verdadeiros desse homem com outra mulher, a esposa, namorada ou companheira desse homem enganado, herdeiros, outros familiares e até mesmo o verdadeiro pai biológico e seus familiares) a ação penal somente poderia ser pública incondicionada.

Outro detalhe que parece importante é que no caso de pleito de alimentos e/ou quaisquer outras vantagens financeiras, bem como ação de reconhecimento de paternidade, o advogado responsável, desde que ciente da atuação fraudulenta da cliente deveria responder na condição de partícipe. Da mesma forma, qualquer pessoa que tenha auxiliado, induzido ou instigado a autora a essa prática. Certamente a "Fraude Paternal" será classificada como um "crime de mão própria", "de atuação pessoal" ou "de conduta infungível", já que só poderá ser "cometido pessoalmente pelo autor designado no tipo penal".<sup>82</sup> Não obstante, como já acontece com o crime de "Falso Testemunho", não admitirá o concurso de agentes apenas na modalidade de coautoria, mas o admitirá na forma de participação.<sup>83</sup> Contudo, todo aquele envolvido no crime, desde a mulher até eventuais partícipes, deverão agir com "dolo direto", não sendo admissível a punição da forma culposa e nem mesmo do dolo eventual. Seria injusto com a mulher e demais envolvidos a punição em casos que tais. Não contando os agentes com a certeza da falsidade da paternidade atribuída, a conduta não apresenta a necessária reprovabilidade a justificar uma reação punitiva. Essa certeza da falsidade da atribuição de paternidade deve ficar muito clara na redação do tipo penal como elementar. Imagine-se, por exemplo, uma mulher que teve relações com dois homens em um mesmo período e acredita realmente que ficou grávida de um deles. Não comprovado seu "dolo direto", parece muito claro que apenas está procurando esclarecer a verdadeira paternidade. Isso não significa que à mulher venha a ser dada a possibilidade de simplesmente escolher a esmo ou movida por motivos inconfessáveis a paternidade da criança. Num caso como esse a ausência de dolo direto será clara e evidente porque caberá à mulher indicar sempre a sua dúvida, seja para os homens envolvidos, seja numa eventual ação de reconhecimento de paternidade. A partir do momento em que simplesmente atribuir a um deles a paternidade, sabendo da possibilidade de que seja o outro o verdadeiro pai, configurado estará indubitavelmente o

<sup>82</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. Volume 1. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 175.

<sup>83</sup> GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12ª. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 1237.

dolo direto. Não se trata de assumir o risco da fraude, mas de uma escolha lotérica ou movida por algum interesse escuso apta a configurar o dolo direto e afastar o dolo eventual e a culpa. Vale também salientar que o crime será “próprio” ou “especial”, exigindo do autor uma qualidade pessoal diferenciada”, 84 no caso específico tratar-se de mulher grávida ou mãe. Homens e mulheres não grávidas ou mães, poderão até responder pelo ilícito em questão, mas tão somente em concurso de agentes e, como já esclarecido, na qualidade de partícipes e não coautores. Não é imaginável, como já mencionado neste texto, a prática de uma “Fraude Maternal” por parte de um homem. Isso devido a condições fáticas relativas à natureza e características de cada um dos sexos. Note-se também que se uma mulher que não esteja grávida ou não seja realmente mãe de ninguém, atribuir a um homem a paternidade de um ser inexistente, configurar-se-á “crime impossível”, nos termos do artigo 17, CP (ineficácia absoluta do meio e do objeto). Esse tipo de mentira ficaria restrito ao campo da moralidade, não sendo abrangido pelo Direito.

Essa é basicamente nossa proposta para a repressão da “Fraude Paternal” no campo do Direito Penal, não sendo admissível a atual situação de atipicidade que deixa sem proteção legal o homem gravemente lesado com essa espécie de conduta.

## 5 – FRAUDE PATERNAL E DIREITO CIVIL

Como já visto, também a situação do homem enganado na “Fraude de Paternidade” não é nem um pouco ideal na legislação comparada e no Direito Brasileiro no campo Civil.

Já foram expostas várias legislações e decisões judiciais altamente prejudiciais ao homem lesado no Direito estrangeiro, compondo-se um verdadeiro quadro de vitimização secundária inadmissível e obviamente injusta. Segundo Beristáin, a vitimização secundária “emana de respostas formais ou informais obtidas pela vítima”, 85 cujo quadro de omissão e desprezo já exposto quanto à situação do homem diante da “Fraude Paternal” não deixa dúvidas sobre sua ocorrência patente.

Em regra se tem considerado que os alimentos pagos não admitem a repetição do indébito. Essa conclusão se encontra em consonância com uma das características do direito a alimentos, conforme expõe a doutrina, qual seja, a sua condição de “irrepetível ou irrestituível”. Essa irrepetibilidade dos alimentos se espraia pelos alimentos provisórios ou provisionais, gravídicos e definitivos. Gonçalves, trazendo à baila o escólio de Pontes de Miranda, chama a atenção para o fato de que os alimentos recebidos “não se restituem”, mesmo quando o “alimentário” venha a perder a ação na mesma instância ou em grau

84 BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Op. Cit., p. 175.

85 BERISTÁIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Maia Neto. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 103.

recursal. 86 Não obstante, o mesmo autor, com razoabilidade, procura obter a irrepitibilidade, impondo-lhe o limite do “dolo” na obtenção dos alimentos, 87 o que se coaduna perfeitamente com o caso da “Fraude Paternal”. Nesses casos é preciso deixar bem estabelecido que os alimentos são sim passíveis de repetição do indébito. Diante dessas situações onde a má – fé é evidente não é possível emprestar caráter absoluto à irrepitibilidade, sob pena de ensejar enriquecimento ilícito e prejudicar o homem enganado por uma interpretação eivada de “insuficiência protetiva” no campo civil.

Evangelista registra “a posição majoritária sobre a impossibilidade de repetição de pensões alimentícias”, mas adverte para a necessidade de ponderação, sustentado no paradigma de Miguel Reale, quanto à “eticidade” em sua vertente da “boa – fé objetiva”. 88 E o autor apresenta exatamente o exemplo da “Fraude Paternal” como um caso que excepciona a irrepitibilidade do indébito nos alimentos, ensejando a aplicação dos artigos 186 e 187 c/c 927, CC:

Ousamos criar situações casuísticas, o que é arriscado em se tratando de Direito de Família, visto que a regra continua a ser a irrepitibilidade de alimentos. Na situação em que, por exemplo, o alimentado (5 dias de vida), por seu representante (ascendente – genitora), move ação de alimentos em face de pessoa a qual o representante legal sabe não ser o ascendente genético há evidente má-fé, o que gera danos patrimoniais ao eventual alimentante com o deferimento dos alimentos provisórios. 89

Apesar de serem encontráveis em nossa doutrina, conforme exposto, uma visão que reconhece a vulnerabilidade masculina nas situações de “Fraude Paternal”, apresentando-a como caso de excepcionar a irrepitibilidade dos alimentos, fato é que prevalece o entendimento de que essa característica dos alimentos é absoluta, não cedendo mesmo diante de descarada má – fé. E isso mesmo considerando o fato de que a impossibilidade de repetir o indébito no caso de alimentos não é positivada explicitamente na legislação pátria, mas tão somente decorre de construção doutrinário – jurisprudencial. No Brasil não há correspondente ao artigo 2007, n. 2 do Código Civil português, o qual é

---

86 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*. Volume 3. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 716.

87 Op. Cit., p. 717.

88 EVANGELISTA, Anderson. Repetibilidade de Alimentos. Disponível em <https://www.oabRJ.org.br/artigo/repetibilidade-alimentos-anderson-evangelista>, acesso em 08.02.2022. Também destacando os casos de má – fé e dolo, pugnam pela repetibilidade excepcional dos alimentos Cahali e Madaleno. Cf. CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 106. MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 860.

89 Op. Cit.

expresso em determinar a inexistência, em caso algum, de possibilidade de restituição de alimentos provisórios recebidos. 90 Essa construção teórica brasileira com fulcro na lacuna legal (pairando, portanto, no vazio em termos legislativos), a qual traz ingentes consequências práticas deletérias ao homem enganado, na verdade se sustenta em posições ideológicas e em alegações sentimentalistas acerca da subsistência do alimentando. Acontece que nem mesmo essa segunda motivação justifica a lesão irreparável ao homem enganado, pois, como já visto, os alimentos podem perfeitamente ser prestados pelo verdadeiro pai, inclusive a título provisório e /ou pelos ascendentes deste ou mesmo da mãe. Isso sem contar a obrigação da própria genitora em prover sua prole.

Exemplo desse posicionamento irreduzível equivocado é o de Tartuce:

A irrepetibilidade dos alimentos é conceito antigo relacionado com a obrigação em questão, no sentido de que, sendo pagos, em hipótese alguma caberá a repetição do indébito (*actio de in rem verso*). (...). O fundamento dessa obrigação nos direitos da personalidade e na tutela do indivíduo pode ser utilizado como suporte para afastar eventual repetição de indébito.

Sendo dessa forma, a alegação de pagamento indevido ou enriquecimento sem causa não consegue vencer a obrigação alimentar, diante da tão costumeira proteção da dignidade humana relacionada com o instituto. Em suma, não são aplicáveis as regras previstas entre os arts. 884 a 886 do Código Civil que tratam da vedação do enriquecimento sem causa. Em outras palavras, a atribuição patrimonial relativa aos alimentos é sempre causal e justificada.

Em reforço, não se pode esquecer do caráter puramente satisfativo dos alimentos, que visam a manutenção da vida da pessoa humana. Sendo assim, é inviável a sua devolução, até porque os valores eventualmente reavidos podem estar relacionados com o mínimo existencial que a pessoa necessita para o período temporal subsequente.

Firmadas tais premissas, a título de exemplo, se proposta uma ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos e fixados alimentos provisionais e depois ficando comprovado que o réu não

---

90 CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 106.



é o pai da criança, não caberá a devolução dos valores pagos a título alimentar. 91

Ao analisar especificamente o caso de “Fraude Paternal”, dando o exemplo de uma mulher que dolosamente imputa a paternidade a um homem e depois tem comprovada a fraude por exame de DNA, bem como sua ciência de que não se tratava realmente do pai biológico, Tartuce ainda insiste na impossibilidade de repetição do indébito. No entanto, admite “indenização por danos morais pelo engano”. Nesse caso, seria necessário evidenciar a ocorrência de “danos imateriais” devido ao “abuso de direito” e “desrespeito à boa – fé objetiva”, com sustento no artigo 187, CC. Neste sentido, aponta o autor julgados do STJ, não admitindo a repetibilidade do indébito com relação aos alimentos, mas deferindo a indenização por danos morais (STJ, REsp 922462/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª. Turma, j. 04.04.2013, DJe 13.05.2013; STJ, REsp. 412684/SP (200200032640), 4ª. Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20.08.2002, publ. 25.11.2002). 92

Evidentemente essa solução de Tartuce não é adequada, pois que desconsidera o dano material mais facilmente demonstrável e obriga o lesado a comprovar danos morais, cuja aferição também é bem mais complicada e nossos tribunais tendem a ser bastante restritos e tímidos quanto aos valores atribuídos. 93 O correto e justo seria a possibilidade dupla do dano moral e do dano material indenizável nos casos de “Fraude de Paternidade”. Não é possível continuar repetindo acriticamente velhas lições sem a necessária ambição de progredir e aperfeiçoar os institutos. Essa obstinação e apego a dogmas doutrinários que precisam de revisão acaba descambando para a situação bem descrita por Chateaubriand como a “arrogância da miséria e o orgulho dos andrajos”. 94

Outro fator importante é que se tem considerado que a paternidade atualmente não se reduz ao vínculo sanguíneo. Ela deve ser analisada segundo três fatores: “genético,

---

91 TARTUCE, Flávio. Alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 524 – 525.

92 Op. Cit., p. 525. Também há deferimento de danos morais nesses casos em outros tribunais pátrios. Exemplo disso é decisão da 5ª. Turma do TJDFT, em confirmação à decisão proferida pela 1ª. Vara Cível de Brasília. IMPUTAÇÃO de falsa paternidade biológica gera reparação por dano moral. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/junho/imputacao-de-falsa-de-paternidade-biologica-gera-reparacao-por-dano-moral#:~:text=Imputa%C3%A7%C3%A3o%20de%20falsa%20paternidade%20biol%C3%B3gica%20gera%20repara%C3%A7%C3%A3o%20por%20dano%20moral,-por%20AB%20E2%80%94%20publicado&text=Por%20unanimidade%2C%20a%205%C2%AA%20Turma,d%20a%20imputa%C3%A7%C3%A3o%20de%20falsa%20paternidade.> , acesso em 08.02.2022.

93 STJ define valor de indenizações por danos morais. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais> , acesso em 08.02.2022.

94 Apud, CARVALHO, Olavo de. *Inteligência e Verdade – Ensaios de Filosofia*. Campinas: Vide Editorial, 2021, p. 247.

social e afetivo”. Dessa forma, a jurisprudência do STJ tende a negar a anulação de registro civil e desoneração de alimentos mesmo diante do Exame de DNA negativo, em havendo provas de vínculo social e/ou afetivo. Esse é um fator que torna ainda mais gravosa para o homem a “Fraude Paternal”. Na verdade, em havendo o vínculo social e/ou afetivo, o STJ tem denegado os pleitos de anulação de registro e desoneração de alimentos, somente admitindo exceção em casos de “erro, coação, simulação, fraude ou falsidade do registro” (STJ REsp 1433470/RS, REsp 1342070/SP, REsp 1022763/RS, REsp 709.608/MS, TJMG Apelação Cível nº 1.0245.03.023086-7/001 ; AC nº 1.0024.03.058104-5/001; AC nº 1.0281.02.001281-7/001; Ação rescisória 10000110844438000). 95 Observe-se, porém, que fica implícito que em havendo sido criados outros vínculos afora o genético, o homem não somente não fará jus à restituição do que pagou como deverá permanecer pagando, o que é muito diferente do caso em que, devido a tais vínculos, por liberalidade e espontaneamente, continue a auxiliar o alimentando. Nos casos de “Fraude Paternal”, o mais correto seria a desoneração, indenização por danos morais e materiais e a busca dos alimentos diante do pai biológico e demais sujeitos passivos legítimos dessa obrigação. Jamais a situação em que um homem submetido a um engodo sofra a revitimização por imposição Estatal de obrigações que não lhe cabem, a não ser que as assuma por livre e espontânea vontade. A falta de tratamento explícito da matéria da “Fraude Paternal” no campo civil e também da questão da repetição de indébito dos alimentos ocasiona toda essa situação prejudicial ao homem lesado. Por isso seria cabível uma sugestão “de lege ferenda” a fim de que a matéria fosse regulada, considerando especificamente os casos de “Fraude Paternal” e estabelecendo um regramento mais justo para o homem e demais envolvidos e não deixando a mulher que age de má – fé em uma situação tão confortável como se encontra atualmente.

## 6 – CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho foi empreendido o estudo do problema da falta de um tratamento jurídico adequado, tanto no campo penal como no civil, para a questão da “Fraude Paternal” ou “Fraude de Paternidade”.

Trazendo ao debate os conceitos de “espaço livre de direito”, “espaço vazio de direito” e “lacunas do direito”, chegou-se à conclusão de que não se trata nem de uma regulação específica a deixar o tema em uma posição adiafórica por disposição legal (“espaço livre”), nem de um recuo proposital do mundo jurídico a manter a questão apenas na consciência individual (“espaço vazio”). Na verdade, a falta de um tratamento

---

95 SIMONASSI, Vanessa Perpetuo. Pensão Alimentícia e Exame de DNA Negativo: E Agora? Disponível em <https://vanessaperpetuosilva.jusbrasil.com.br/artigos/533969421/pensao-alimenticia-e-exame-de-dna-negativo-e-agora> , acesso em 08.02.2022.

adequado da “Fraude Paternal” é uma verdadeira “lacuna do direito”, reclamando sua urgente colmatação, pois que geradora de desigualdade e injustiça.

Constatou-se que a questão é miseravelmente tratada na doutrina nacional e estrangeira, consistindo a “Fraude Paternal” na atribuição deliberada da paternidade de uma criança a um homem que se sabe não ser o pai biológico.

Essa situação é geradora de vários prejuízos das mais diversas ordens para o vitimado (financeira, sucessória, familiar, social, emocional etc.) e também para o Estado (fé – pública). Não obstante, o tema é simplesmente desprezado na seara penal, constituindo-se em fato atípico. No que tange ao campo civil a questão é tratada como se o homem lesado não merecesse quase nenhum amparo.

A falta de uma abordagem jurídica adequada e proporcional da “Fraude de Paternidade” é algo que remonta às origens do Direito, em especial do Direito de Família. Entretanto, entendemos que a temática respectiva se encontra emperrada ao longo do tempo, sem ser objeto de maior estudo e desenvolvimento, tendo em vista sua obnubilação pelas lentes de uma ideologia feminista radical que tende a ocultar os problemas masculinos, acabando por violar as regras de um “Garantismo Integral” com a criação de uma situação de “insuficiência protetiva”, lesando a igualdade e a justiça.

Propõe-se a criação de um tipo penal especial para a punição rigorosa da “Fraude Paternal”, bem como a colmatação da lacuna do regramento civil da questão, especialmente no que diz respeito à repetição do indébito em caso de alimentos prestados por vítima de engodo envolvendo “Fraude de Paternidade”.

Na seara penal a questão é urgentíssima, pois que a absoluta atipicidade da conduta não permite de forma alguma sua punição a qualquer título. Quanto ao campo civil, já há posições na doutrina defendendo que a má – fé gravíssima, que é ínsita a esse tipo de conduta, justifica uma exceção à regra da irrepetibilidade dos alimentos e também a indenização por dano moral do homem enganado. Não obstante, o fato de que o tema não é objeto de regulamentação expressa pela lei, mas de posições doutrinário – jurisprudenciais, torna relevante sua discussão e regramento expresso, inclusive para afastar entendimentos predominantes no sentido de que os alimentos são irrepetíveis sem qualquer exceção.

## 7 – REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. Volume 1. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERISTÁIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Maia Neto. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª. ed. Brasília: UNB, 1999.

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2009.

CARVALHO, Olavo de. *Inteligência e Verdade – Ensaios de Filosofia*. Campinas: Vide Editorial, 2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Tomo I. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

EVANGELISTA, Anderson. Repetibilidade de Alimentos. Disponível em <https://www.oabRJ.org.br/artigo/repetibilidade-alimentos-anderson-evangelista> , acesso em 08.02.2022.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer “et al.” São Paulo: RT, 2002.

FISCHER, Douglas. Garantismo Penal Integral (e não o Garantismo Hiperbólico Monocular) e o Princípio da Proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina do TRF – 4*. Porto Alegre: n. 28, mar. 2009. Disponível em [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edic\\_ao028/douglas\\_fischer.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edic_ao028/douglas_fischer.html) , acesso em 08.02.2022.

GARANTISMO Penal Binocular X Garantismo Monocular. Disponível em <https://www.institutoformula.com.br/garantismo-penal-binocular-x-garantismo-monocular/> , acesso em 08.02.2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*. Volume 3. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12ª. ed. Niterói: Impetus, 2018.

IMPUTAÇÃO de falsa paternidade biológica gera reparação por dano moral. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/junho/imputacao-de-falsa-de-paternidade-biologica-gera-reparacao-por-dano-moral#:~:text=Imputa%C3%A7%C3%A3o%20de%20falsa%20paternidade%20biol%C3%B3gica%20gera%20repara%C3%A7%C3%A3o%20por%20dano%20moral,-por%20AB%E2%80%94publicado&text=Por%20unanimidade%2C%20a%205%C2%AA%20Turma,da%20imputa%C3%A7%C3%A3o%20de%20falsa%20paternidade> , acesso em 08.02.2022.

JIMÉNEZ, Daniel. *Deshumanizando Al Varón – Pasado, Presente y Futuro del Sexo Masculino*. Ebook Kindle.

KREIMER, Roxana. *El Patriarcado no Existe Más*. Buenos Aires: Galerna, 2020.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. Volume III. Campinas: Bookseller, 2001.

SILVA E SOUZA, Carlos Eduardo. Arthur Kaufmann e a Norma Jurídica: da superação da forma a uma perspectiva social do Direito. Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=b817f8dad313f809> , acesso em 06.02.2022.

SIMONASSI, Vanessa Perpetuo. Pensão Alimentícia e Exame de DNA Negativo: E Agora? Disponível em <https://vanessaperpetuosilva.jusbrasil.com.br/artigos/533969421/pensao-alimenticia-e-exame-de-dna-negativo-e-agora> , acesso em 08.02.2022

SOMMERS, Christina Hoff. *La Guerra contra Los Chicos – Cómo un feminismo mal entendido está dañando a los chicos jóvenes*. Trad. Lourdes Huanqui. Scribt PDF Lectulandia, 2014.

SOMMERS, Christina Hoff. *Who Stole Feminism? How women have betrayed women*. New York: Touchstone, 1994.

STJ define valor de indenizações por danos morais. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais> , acesso em 08.02.2022.

TARTUCE, Flávio. Alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. p. 505 – 572, Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

VALASCI, Alvari. *Consultationum Ac Rerum Judicatarum*. Ebook - Google, p. 3. Disponível em [https://books.google.com.br/books?id=cJZmAAAAcAAJ&pg=PA3&lpg=PA3&dq=%22Alimenta+decernuntur,+nec+teneri+%22&source=bl&ots=abZ3QIMzUD&sig=ACfU3U1bkeMW\\_MyjKhjpaRzuHyIhKWORRQ&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwjjuOzqjvP1AhXuHLkGHQyiDZUQ6AF6BAGPEAM#v=onepage&q=%22Alimenta%20decernuntur%2C%20nec%20teneri%20%22&f=false](https://books.google.com.br/books?id=cJZmAAAAcAAJ&pg=PA3&lpg=PA3&dq=%22Alimenta+decernuntur,+nec+teneri+%22&source=bl&ots=abZ3QIMzUD&sig=ACfU3U1bkeMW_MyjKhjpaRzuHyIhKWORRQ&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwjjuOzqjvP1AhXuHLkGHQyiDZUQ6AF6BAGPEAM#v=onepage&q=%22Alimenta%20decernuntur%2C%20nec%20teneri%20%22&f=false) , acesso em 08.02.2022.

## COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS: UMA ANÁLISE DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

### ***GILVAN CARNEIRO DE ANDRADE FILHO:***

Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2020), e pós-graduado em Direito Público e Direito Privado pela Universidade Federal do Piauí (2015). Foi professor do Curso de Pós-graduação em "Direito Médico e Proteção Jurídica à Saúde" da Escola do Legislativo do Estado do Piauí (2020), membro da Comissão de Direito Sindical da OAB-PI, e atualmente é advogado do Sindicato dos Médicos do Estado do Piauí.

**RESUMO:** O grande número de princípios constitucionais ostentados pelo ordenamento jurídico brasileiro faz com que eles colidam entre si, resultando em um dilema interpretativo que desponta como uma das mais importantes e inquietantes questões a demandar respostas pelos juristas nos tempos modernos. Na tentativa de solucionar tal problemática, a doutrina introduziu, aos poucos, diversos mecanismos no meio acadêmico, dentre os quais, o mais reconhecido é o do jurista alemão Robert Alexy, que lança sua Teoria dos Princípios com o objetivo de resolver as antinomias através do instituto da ponderação, cominado com o uso do princípio da proporcionalidade. Ocorre que, apesar da reconhecida eficiência e aplicabilidade dessa técnica na praxe judiciária, inúmeras críticas se insurgem contra ela. Nesse sentido, o presente estudo visa analisar, de forma qualitativa e exploratória, os sobreditos mecanismos, com o intuito de explicar sua funcionalidade, indicar as principais críticas que eles vêm recebendo, e elucidar sua aplicabilidade no cenário jurídico, apontando-os como legítimos instrumentos de interpretação do direito.

**Palavras-chave:** Princípios constitucionais. Colisão. Ponderação. Proporcionalidade.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Colisão entre princípios. 3. Ponderação: 3.1. Origem da Ponderação; 3.2. Aplicabilidade das Teorias de Robert Alexy; 3.3. Ponderação e proporcionalidade. 4. Críticas à racionalidade da ponderação. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Na praxe judiciária do século XXI, o constitucionalismo vem se materializando no contexto do discurso jurídico como um reflexo da relação entre o Direito e a moral, normatividade da Constituição, força vinculativa dos princípios constitucionais e plena eficácia das normas de direitos fundamentais.

Nesse cenário, os princípios jurídicos dispostos na Carta Magna têm tomado uma relevância muito maior que a de mera fonte normativa subsidiária, pois aproximam o Direito e as questões práticas, tanto nutrindo o sistema com os elementos práticos da realidade social, quanto informando a sociedade a partir das diretrizes normativas que sustentam o ordenamento jurídico.

Ao reforçar ideias de ordem e integração sistemática, os princípios constitucionais se asseguram como sustentáculo lógico de todo o ordenamento, evitando que o Direito se distancie da complexa e dinâmica realidade social, ou que se torne refém das sazonalidades axiológicas da sociedade, e assumem uma posição central e essencial à própria existência do sistema jurídico.

Contudo, o grande número de princípios faz com que eles se choquem constantemente, remetendo o jurista à uma antiga problemática: a colisão entre princípios constitucionais, que desponta como uma das mais importantes e inquietantes questões a demandar respostas pelo jurista nos tempos modernos.

Assim, em ordenamentos como o brasileiro, marcado por uma Constituição analítica, que apresenta um amplo rol de princípios, o fenômeno da colisão entre princípios constitucionais necessita da estruturação de métodos hábeis à resolução dessas contradições normativas, fazendo parte da prática comum do discurso jurídico.

A busca por tais métodos resolutivos têm ocupado, há décadas, o meio acadêmico, especialmente no que diz respeito à argumentação jurídica, já que requer, do intérprete do direito, a escolha de qual norma deve prevalecer no caso concreto.

Emergiram, então, diversos mecanismos para solucionar tal controvérsia, dentre os quais, o mais reconhecido é o constante na doutrina procedimental-discursiva do jurista alemão Robert Alexy, uma teoria da argumentação jurídica que compreende o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral, visando auferir uma porção de racionalidade justificativa às decisões jurídicas, especialmente no âmbito judicial.

Entre tais ensinamentos, o autor lança uma teoria dos princípios, onde busca resolver as antinomias através do instituto da ponderação, cominado com o uso da

proporcionalidade. Ocorre que, apesar da reconhecida eficiência e aplicabilidade dessa técnica na prática judiciária, inúmeras críticas se insurgem contra ela, levantando a dúvida se está ainda é uma solução hábil e eficaz para o problema que propõe resolver.

Logo, o presente artigo busca analisar essa importante teoria no que se refere à solução da colisão entre princípios, sem a pretensão de esgotar o tema ou demonstrar que ela é a única maneira de tratar do assunto, mas, sim, explicar sua funcionalidade, entender as principais críticas que ela vem recebendo, e elucidar sua aplicabilidade no cenário jurídico.

## 2 COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Princípios jurídicos, na significação de Robert Alexy<sup>96</sup>, seriam normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, atuando como verdadeiros mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Corroborando com tal conceito, o ministro Luis Roberto Barroso os qualifica da seguinte forma:

Já os princípios indicam uma direção, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles.

(...)

Como todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, a prevalência de um sobre o outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro. Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. Caberá ao intérprete proceder à ponderação dos princípios e fatos relevante, e não a uma subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são mandamentos de otimização: devem ser realizados na

---

<sup>96</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.



maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível.<sup>97</sup>

Nota-se que, segundo o ministro, não haveria, do ponto de vista estritamente jurídico (epistemológico), hierarquia entre os princípios. Contudo, em contraposição à Barroso, não podemos deixar de trazer o entendimento referente à existência de hierarquia entre princípios, defendido pelo imortal Geraldo Ataliba. Vejamos:

O sistema jurídico (...) se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras (...).<sup>98</sup>

O professor Ataliba, assim, diverge do entendimento levantado por Alexy e Barroso, considerando que princípios jurídicos são normas, e que as normas são hierarquicamente escalonadas, motivo pelo qual julga que é possível admitir a existência de hierarquia entre os princípios.

Muito embora, nesse trabalho, adotar-se-á a teoria de que os princípios são mandamentos de otimização, e não possuem hierarquia entre si, devendo ser modulados de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso concreto, porque possuem dimensão de peso, conforme defendem Robert Alexy, Luis Roberto Barroso, e Ronald Dworkin.

### 3 PONDERAÇÃO

Não obstante a existência de divergências quanto à ocorrência ou inoccorrência de hierarquia entre princípios constitucionais, a verdade é que eles, eventualmente, vão acabar se chocando, e, nesse caso, vai ficar a cargo do intérprete do direito, a atribuição de resolver

---

97 BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 353.

98 ATALIBA apud ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 165.

as consequentes antinomias, ou seja, essa colisão entre direitos fundamentais expressos na forma de princípios.

Nesses casos, Robert Alexy<sup>99</sup> entende que, em regra, nenhum deles pode ser declarado inválido, bem como não é possível introduzir, em um deles, uma cláusula de exceção, e que não existe uma relação de precedência absoluta ou abstrata entre quaisquer princípios.

Aprofundando essa análise da dinâmica principiológica, Pedro Lenza esmiúça a visão do ministro Barroso, arrematando que:

Cada caso concreto deve ser analisado para que o intérprete dê o exato peso entre os eventuais princípios em choque (colisão). Assim, a aplicação de princípios “não será no esquema *tudo ou nada*, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato”.<sup>100</sup>

Nesse panorama, Alexy propõe o uso da técnica da ponderação e do princípio da proporcionalidade como solução para o problema da colisão entre direitos fundamentais estruturados como princípios. Uma teoria que tem sido amplamente incorporada pela doutrina e pelo Poder Judiciário no Brasil.

### 3.1 Origem da Ponderação

Para desenvolver a técnica da ponderação, o jurista alemão se pautou na técnica do balanceamento ou do sopesamento, concebida pelo Tribunal Constitucional Alemão, que, por sua vez, entendia que todos os princípios possuem a mesma importância em abstrato, assim, sempre que havia colisão entre eles, avaliava as condições fáticas e jurídicas de cada caso para determinar qual deveria se sobressair.

Logo, pode-se dizer que esse método da ponderação, e, anteriormente, do sopesamento ou do balanceamento, foi criado pela Corte Constitucional Alemã, mais especificamente para solucionar um conflito entre direitos fundamentais no peculiar caso Lüth<sup>101</sup>, em 1958.

---

<sup>99</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

<sup>100</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, p.251.

<sup>101</sup> ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003. ISSN 1467-9337.

Tal casuística se iniciou, porque o presidente do clube da imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, convocou um boicote aos filmes de um famoso diretor do cinema nazista (Van Harlan), produzidos após o fim da segunda guerra mundial em 1945. Em resposta, Van Harlan processou Lüth, que foi condenado pelo Tribunal de Hamburgo a não participar de novas convocações a favor do boicote, além do pagamento de uma multa pecuniária.

Inconformado, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional Alemão que, sopesando os direitos fundamentais em conflito, lhe deu ganho de causa, entendendo que sua incitação ao boicote estava protegida pela liberdade de expressão garantida no art. 5º da Lei Fundamental Alemã.

Assim, a Corte Constitucional Alemã estabeleceu 2 postulados, que são seguidos até hoje: primeiro que a interpretação da legislação ordinária deve ser feita à luz dos direitos fundamentais elencados na Constituição, já que os direitos fundamentais elencados na Carta Magna emanam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, mesmo que se trate de relações jurídicas entre particulares; e segundo que a ponderação se aplica exatamente na complexidade da colisão entre direitos fundamentais expressos na forma de princípios.

### **3.2 Aplicabilidade das Teorias de Robert Alexy**

Do resultado da colisão entre dois princípios, Alexy<sup>102</sup> aponta que nascerá uma regra específica, atinente à aplicação do princípio que prevalecer, designada com base nas condições fáticas do caso concreto. À esta conexão, o eminente jurista põe o nome de lei de colisão, a qual determina que “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”. Assim, a ponderação se apresenta como o procedimento específico para a solução de colisões de princípios, ao que Alexy<sup>103</sup> indica sua aplicação com base no princípio da proporcionalidade.

Ocorre que, apesar dessa técnica ter sido criada para evitar meros subjetivismos do intérprete, muitos julgados se utilizam do princípio da proporcionalidade apenas para justificar uma escolha pessoal por parte do julgador, sem a demonstração completa do raciocínio aplicado.

---

102 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

103 ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 17, p. 275, 1999. ISSN 0104-6594.

Nesse sentido, o professor Lênio Streck, ao ponderar sobre os limites da hermenêutica judicial, ressalta que a aplicação dos princípios atinentes ao tema não deve se confundir com aquilo que está na consciência do julgador, explicando que:

Ora, interpretar é dar sentido (Sinnggebung). É fundir horizontes. E o direito é composto por regras e princípios, 'comandados' por uma Constituição. Assim, afirmar que os textos jurídicos contêm vaguezas e ambiguidades e que os princípios podem ser – e na maior parte das vezes são – mais 'abertos' em termos de possibilidades de significado, não constitui novidade.

(...)

O que deve ser entendido é que a realização/concretização desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende – e não pode depender – de uma subjetividade assujeitadora (esquema S-O), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete".<sup>104</sup>

Portanto, é vital que não se trate essa ponderação de princípios como um sinônimo de ponderação de interesses ou valores, porque ponderação de princípios trata de correntes teóricas com bases e propostas completamente diversas à ponderação de valores<sup>105</sup>, especialmente no que se refere ao uso da proporcionalidade pra alcançar a respostas.

### 3.3 Ponderação e proporcionalidade

Compreendida a ideia inicial de Alexy, há de se elucidar a dinâmica entre o instituto da ponderação e o princípio da proporcionalidade, e a maneira como ele se aplica em sua teoria. Porém, como quase tudo no direito, a fundamentação e o conceito desse princípio também não são unânimes na doutrina.

No ordenamento jurídico brasileiro, costuma-se dizer que a proporcionalidade decorre do devido processo legal substantivo, constante no inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, *in verbis*.

---

<sup>104</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 87.

<sup>105</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;<sup>106</sup>

Contudo, parte da doutrina pátria, bem como a doutrina e as decisões da Corte Constitucional Alemã, entendem que a regra da proporcionalidade tem seu fundamento no princípio do Estado de Direito.

Virgílio Afonso da Silva<sup>107</sup>, porém, destaca que essa corrente não se justifica, pois a regra da proporcionalidade não tem seu fundamento no princípio do Estado de Direito, haja vista que diversos países, onde já existia um Estado de Direito, não se utilizam da regra da proporcionalidade. E arremata a questão, explicando que a exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais, e não de dispositivo constitucional.

O presente estudo concorda com o entendimento dado por da Silva, de que a fundamentação da proporcionalidade está na própria estrutura dos direitos fundamentais, porém, isso não elucida, por completo, tal instituto.

Um bom início para tal compreensão, seria o conceito adotado por Humberto Avila<sup>108</sup>, que entende o dever de proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo, e não uma regra ou princípio. Assim, ela determinará condições para a correta aplicação do Direito.

---

106 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2021.

107 SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 06 de abril de 2021.

108 ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf)>. Acesso em: 06 de abril de 2021.

Por sua vez, outro conceito muito utilizado na definição de proporcionalidade é o adotado pelo, já citado, Virgílio Afonso da Silva<sup>109</sup>, que a entende como uma regra de interpretação e aplicação do direito, designada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. Assim, seu propósito é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais.

O referido autor também elenca a existência de 3 (três) correntes em relação à estrutura do princípio da proporcionalidade. Uma primeira, defendida por Alexy, que abrange a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; outra preconizada por Böckenförde e Schlink, que compreende apenas a adequação e a necessidade; e uma terceira, adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que envolve a adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito e legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir.

Apesar da importância dessas três teorias, o presente trabalho vai focar no conceito de proporcionalidade majoritariamente aceito na doutrina e na jurisprudência pátrias, que é o proposto por Robert Alexy<sup>110</sup>, segundo o qual, afirmar que a natureza dos princípios acarreta a máxima da proporcionalidade é o mesmo que dizer que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza, ou seja, que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), deriva logicamente da natureza dos princípios.

Partindo dessa premissa, Diego Brito Cardoso<sup>111</sup> destaca alguns aspectos de fundamental importância para a teoria dos princípios desenvolvida por Alexy.

Primeiramente que a aplicação do princípio da proporcionalidade deve sempre seguir a ordem de seus 3 (três) subprincípios: primeiro a adequação, depois a necessidade, e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, porque a análise de determinada medida através de todos os subprincípios não é sempre obrigatória, ou seja, a relação entre eles é subsidiária, logo, só se segue para a análise do próximo subprincípio caso o ato

---

109 SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798, 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 06 de abril de 2021.

110 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

111 CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 137-155, 2016. ISSN 1982-310X.

analisado seja considerado proporcional. Em termos práticos, é somente após a verificação da adequação da medida, que o intérprete do direito examinará sua necessidade, haja vista que, se ela for inadequada, já será tida como desproporcional, e, conseqüentemente, não haverá mais necessidade de analisá-la frente o subprincípio da necessidade, que seria o próximo.

Por sua vez, para a apreciação do subprincípio da adequação, o jurista realizará uma análise do meio escolhido por determinado ato para alcançar seu objetivo, sem, contudo, compará-la com outras hipóteses. Nesse sentido, o ato será tido como adequado quando o meio escolhido por ele alcançar ou promover o objetivo pretendido, assim, a medida só será dada como inadequada se não contribuir em nada para o objetivo auferido.

Seria o caso de uma norma que obriga o uso de capacete para todos os motociclistas, visando salvaguardar a integridade física deles. Nesse caso, nota-se que o uso de capacete é uma medida abstratamente eficiente para a finalidade de proteção da integridade física do motociclista. Logo, ela deve ser tida como adequada, e, em seguida, analisada através dos subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, para, só então, concluir se ela é, ou não, proporcional.

Já o subprincípio da necessidade demanda uma análise comparativa, cotejando-se a gravidade do meio em questão com o objetivo pretendido, de modo que a medida será considerada necessária se não houver outro meio menos gravoso para atingir o mesmo objetivo, ou seja, o intérprete vai avaliar se a realização do objetivo não pode ser promovida de outra maneira que limite menos o direito fundamental atingido, verificando qual é o direito que está sendo restringido, e, em seguida, ponderando se não haveria outra medida dotada de eficácia similar, mas menos gravosa.

Contextualizando com o exemplo passado, se aquela lei que exigia capacete para motociclistas, o fizesse quanto aos motoristas de automóvel, visando proteger a integridade física deles, teríamos, como direito fundamental restringido, a liberdade de escolha. Realizando a análise da necessidade, constata-se que o capacete é um meio abstratamente eficiente para a finalidade de proteção da integridade física dos motoristas, assim, reputa-se que tal medida seria adequada. Contudo, ao seguir para a verificação do subprincípio da necessidade, constata-se que o cinto de segurança é um meio mais eficaz do que o capacete para manter a integridade física dos motoristas de automóveis. Logo, constata-se a existência de outra medida, menos gravosa, para conseguir o mesmo objetivo, fazendo, da obrigatoriedade do uso de capacete para motoristas, uma medida desnecessária, e, conseqüentemente, desproporcional.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ou lei do sopesamento, nas palavras de Alexy<sup>112</sup>, seria aquele em que "quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro". Sua análise consistiria, portanto, na verificação da amplitude da restrição ao direito atingido, e da importância da realização do direito fundamental colidente. Desse modo, buscar-se-ia apontar qual direito, frente às especificidades do caso concreto, deve ser resguardado: se é o direito atingido pela medida ou o direito que ela pretende aclear.

Nesse sentido, a análise do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser escalonada em 3 (três) etapas: primeiro deve-se determinar o grau de restrição ou de não-satisfação do direito atingido, ou seja, a amplitude da intervenção; em seguida, deve-se examinar a importância de satisfazer o direito concorrente, ou seja, a relevância das razões que justificam tal intervenção; e, por fim, deve-se ponderar as respostas das 2 (duas) etapas anteriores, decidindo se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica a restrição do direito atingido. Nota-se, assim, que uma medida não passará nesta avaliação se os motivos que a fundamentem não tiverem peso suficiente para fundamentar uma restrição ao direito fundamental atingido.

Por todo o exposto, conclui-se que o instituto da proporcionalidade tem uma importância vital para a funcionalidade da teoria dos princípios defendida por Alexy, já que, conforme aponta Cardoso<sup>113</sup>, sua verificação vai abranger tanto aspectos fáticos (na análise da adequação e da necessidade), quanto aspectos jurídicos (na análise da proporcionalidade em sentido estrito) da aplicação dos princípios no caso concreto, permitindo, assim, uma ponderação mais acertada, e, conseqüentemente, um melhor aproveitamento do ordenamento jurídico que se norteia por tais mandamentos de otimização.

#### **4 CRÍTICAS À RACIONALIDADE DA PONDERAÇÃO**

Apesar do grande sucesso e acolhimento em modelos judiciais de várias partes do mundo, a proposição de Robert Alexy, desde sua origem, tem sofrido inúmeras críticas. Analisado o conteúdo da sua técnica da ponderação, é importante expor tais objeções como forma de melhor compreender a colisão entre direitos fundamentais estruturados como princípios.

---

112 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 136.

113 CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 137-155, 2016. ISSN 1982-310X.



Inicialmente, cabe destacar a discordância levantada por Günter<sup>114</sup>, o qual defende que a diferença entre regras e princípios não é uma diferença estrutural, mas uma “diferença de tipos de uso”, assim, entende que princípios não existem, mas apenas normas que são usadas de diferentes maneiras. Contudo, o próprio Alexy<sup>115</sup> elucida a referida discordância ao apontar que não é fácil decidir se a norma deve ser tratada como regra ou como princípio, mas que essa é uma questão de interpretação, e pode acontecer de não haver um critério para suprir de maneira simples e clara respostas a esses casos, apontando que essa não é uma objeção que destrua sua teoria estrutural dos princípios.

Já Tugendhat<sup>116</sup>, defende que a justificação dos enunciados práticos não demanda, necessariamente, um procedimento comunicativo, podendo ser monológico, incidindo, assim, na esfera pessoal do próprio indivíduo. Nesse sentido, Alexy não teria levado em conta essa distinção, pois teria se utilizado tanto de regras semânticas quanto pragmáticas em sua teoria do discurso prático.

Por sua vez, Atienza<sup>117</sup> critica Alexy por sua ambiguidade quanto à argumentação jurídica, já que o alemão sustenta que o discurso jurídico em sentido estrito seria, de certa forma, um procedimento não regulado por normas jurídicas que garantam um resultado definitivo e obrigatório, porém, quando contrapõe o discurso jurídico *stricto sensu* ao discurso no processo judicial, acaba por abranger as argumentações das partes, sendo que a argumentação justificatória do juiz pertenceria ao âmbito do procedimento não-institucionalizado. Assim, considerando que as especificidades da argumentação jurídica e o déficit de racionalidade variam em cada argumentação, sua teoria ficaria prejudicada.

Seguindo essa linha de raciocínio, quem também se insurge quanto ao déficit de racionalidade da ponderação é Carlos Bernal Pulido<sup>118</sup>, que levanta algumas objeções ao uso da ponderação. Primeiramente, quanto à indeterminação da ponderação, uma vez que não há um parâmetro jurídico objetivo que vincule o magistrado, permitindo que a ponderação abrace o subjetivismo do juiz. Outro ponto seria a incomensurabilidade da ponderação, já que, em uma sociedade pluralista, não é possível admitir a existência de

---

114 ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, Bologna, v. 13, n. 3, p. 231-345, set. 2000. ISSN 1467-9337.

115 ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, Bologna, v. 13, n. 3, p. 231-345, set. 2000. ISSN 1467-9337.

116 ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 275.

117 ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000, p. 289.

118 PULIDO, Carlos Bernal. **La racionalidad de la ponderación**. In "El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional". Miguel Carbonell (Coordenador). Universidad Externado de Colombia. p. 51-55.

hierarquia entre princípios, pois isso refletiria uma predefinição de uma hierarquia entre os valores existentes na sociedade, e o autor entende ser impossível contrapor dois objetos que, devido a suas diferenças radicais, não são comparáveis. E sua última objeção seria quanto à impossibilidade de se predizer os resultados da ponderação, uma vez que, ao fugir de critérios gerais, sacrificando a segurança jurídica, ela acaba permitindo resultados variados em cada caso concreto.

Tais críticas induzem à crença de que a ponderação acabaria sendo, tão somente, a valoração que melhor agrada aos anseios de cada Tribunal, já que não goza de uma vantagem epistêmica, mas apenas prática. Contudo, o próprio Carlos Bernal Pulido<sup>119</sup>, respondendo a tais críticas, arremata que a busca por uma “hiperracionalidade” acaba sendo uma busca irracional, e que a subsunção, tal qual a ponderação, depende da interpretação da norma, e, assim, também pode se sujeitar aos subjetivismos do juiz.

Desse modo, a objetividade acaba sendo um objetivo inatingível em qualquer ordenamento jurídico, especialmente em relação a princípios. Até porque, essa incerteza quanto aos princípios é essencial para a manutenção do próprio ordenamento jurídico frente à evolução das sociedades, já que evita a necessidade de reiteradas emendas no texto constitucional.

Nesse sentido, Diego Brito Cardoso<sup>120</sup> constata que um entendimento racional acerca da colisão entre direitos fundamentais deve se pautar em termos claros e consistentes, além de premissas completas, atentando-se para as regras da argumentação, da lógica, e da coerência.

Assim, por mais que a técnica da ponderação não garanta uma uniformidade nas decisões, ela tem um papel singular quanto à legitimação das decisões, haja vista sua inegável importância para a justificação da posição tomada pelo operador do direito.

Portanto, em concordância com as considerações de Pulido e Cardoso, conclui-se que a ponderação pode ter tanto um viés positivo, quanto negativo, a depender da abrangência dos elementos analisados para a tomada da decisão: se o operador do direito fundamentou sua ponderação na análise de todos os argumentos atinentes ao caso, expondo e valorando os motivos que o orbitam, ela teria um viés racional, logo, seria positiva; contudo, se o intérprete do direito a utilizou com base em suas próprias

---

119 PULIDO, Carlos Bernal. **La racionalidad de la ponderación**. In "El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional". Miguel Carbonell (Coordenador). Universidad Externado de Colombia. p. 56-62.

120 CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 137-155, 2016. ISSN 1982-310X.

convicções, como forma de legitimá-las na apreciação do caso concreto, a ponderação seria irracional, e, nesse sentido, teria um viés negativo.

## **5 CONCLUSÃO**

O presente artigo buscou analisar a teoria de Robert Alexy no que se refere à solução da colisão entre princípios, sem a pretensão de esgotar o tema ou demonstrar que tal teoria é a única maneira de tratar do assunto.

Conforme demonstrado, os princípios têm ocupado um lugar de destaque dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e isto se deve, em parte, à interpretação dada pelo referido doutrinador, que os considera como mandamentos de otimização, não possuindo hierarquia entre si, motivo pelo qual devem ser modulados de acordo com as condições do caso concreto quando em situação de colisão.

Voltando-se a tais casos (de antinomia), constatou-se que o autor alemão propõe, como solução, o uso da técnica da ponderação aliada ao princípio da proporcionalidade, o que tem sido amplamente incorporado pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Tanto sucesso se deve ao fato de que o mecanismo proposto abrange tanto aspectos fáticos quanto aspectos jurídicos, atribuindo, através da proporcionalidade, uma porção maior de racionalidade na seleção de qual direito deve predominar no caso concreto, evitando que essa escolha seja feita exclusivamente com as convicções pessoais do julgador ou outra forma arbitrária.

Isto tem se refletido em decisões mais acertadas, e, conseqüentemente, em uma melhor aplicação dos princípios, que, na qualidade de mandamentos de otimização, norteiam todo o ordenamento jurídico.

Ocorre que inúmeras críticas, expostas no decorrer do presente artigo, se insurgiram, evidenciando uma insatisfação no que se refere ao déficit de racionalidade da ponderação, e sua precariedade quanto à uniformidade nas decisões, e descortinando um viés negativo, que pode ser utilizado pelo intérprete do direito como uma maneira de legitimar suas próprias convicções na apreciação do caso concreto.

Muito embora, esse uso irracional da ponderação não deve ser tomado como regra, mas, tão somente, evitado, uma vez que a ponderação também assume um viés positivo (quando dotada de racionalidade), que possui um papel singular quanto à legitimação das decisões, haja vista sua inegável importância para a justificação da posição tomada pelo operador do direito, quando fundamentada na análise de todos os argumentos atinentes ao caso.

Logo, conclui-se que a teoria dos princípios de Alexy, especialmente no que se refere ao uso da ponderação para resolução da colisão de direitos fundamentais, tem um lugar especial na praxe judiciária hodierna, devendo, cada vez mais, ser fomentada e racionalmente aplicada, para que frutifique, garantindo o máximo de eficácia ao ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 17, p. 267-279, 1999. ISSN 0104-6594.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003. ISSN 1467-9337.

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio Juris**, Bologna, v. 13, n. 3, p. 231-345, set. 2000. ISSN 1467-9337.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-HUMBERTO-AVILA.pdf)>. Acesso em: 06 de abril de 2021.

BARCELOS, Renato de Abreu. Maleabilidade deontológica? Uma crítica à teoria dos princípios de Humberto Ávila. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 31, n.3, p. 36-53, jul/ago/set. 2013. ISSN 0102-1052.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 abr. 2021.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Constituição e Garantia de Direitos**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 137-155, 2016. ISSN 1982-310X.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

PULIDO, Carlos Bernal. **La racionalidad de la ponderación**. In "El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional". Miguel Carbonell (Coordenador). Universidad Externado de Colombia. p. 51-55.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais. v. 798, 2002. Disponível em:  
<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>>. Acesso em: 06 de abril de 2021.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme a minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

## **MEMÓRIA INDUSTRIAL, PERTENCIMENTO RURAL, IDENTIDADE URBANA E LAÇOS AFETIVOS ENQUANTO PATRIMÔNIOS CULTURAIS NO TEMPO E NO ESPAÇO: uma reescrita do histórico da Vila de Marzagão, distrito de Carvalho de Brito, sudoeste de Sabará - MG (1980-2000)**

**VAGNER LUCIANO DE ANDRADE:** Geógrafo e Historiógrafo, Especialista na área de Educação, Patrimônio e Paisagem Cultural (Filosofia da Arte e Educação, Metodologia de Ensino de História, Museografia e Patrimônio Cultural, Políticas Públicas Municipais). Biólogo e Gestor Ambiental, Especialista na área de Educação, Patrimônio e Paisagem Natural (Administração escolar, Orientação e Supervisão, Ecologia e Monitoramento Ambiental, Gestão e Educação Ambiental)

**RESUMO:** O patrimônio industrial abrange os resquícios da cultura industrial que têm valor arquitetônico, científico, histórico, social ou tecnológico. Estes resquícios conglomeram armazéns; centros de produção, transmissão e utilização de energia; edifícios; entrepostos; fábricas; locais de processamento e de refinação; maquinaria; meios de transporte; minerações, oficinas, e todas as suas estruturas e infraestruturas, assim como os lugares onde aconteceram atividades socioeconômicas relacionadas com a indústria, tais como domicílios, pontos de culto ou de educação. A arqueologia industrial é a metodologia interdisciplinar que pesquisa todos os artefatos; os documentos; a estratigrafia e as estruturas; as implantações humanas; as paisagens rurais e urbanas, os sinais materiais e imateriais; criadas para ou por procedimentos industriais. A arqueologia industrial emprega os métodos de averiguação mais apropriados para aumentar a apreensão do passado e do presente industrial. O período histórico de maior relevância para este esboço estende-se desde os inícios da Revolução Industrial, a partir da segunda metade do século XVIII, até aos dias atuais, sem descuidar da análise e avaliação das suas raízes pré e proto-industriais. Para além disso, sustenta-se no estudo bibliográfico das técnicas de produção, englobadas pela história da tecnologia. O artigo apresenta a Vila de Marzagão em Sabará sobre a perspectiva metodológica da Carta de Nizhny Tagil sobre o Patrimônio Industrial (2003).

**PALAVRAS-CHAVE:** Identidade Urbana; Laços Afetivos; Memória Industrial; Patrimônio Cultural; Pertencimento Rural.

## INTRODUÇÃO

Memória e patrimônio industrial são conceitos recentes nas discussões científicas da atualidade e envolvem interdisciplinarmente antropólogos, arquitetos, filósofos, geógrafos, historiógrafos, sociólogos, dentre outras categorias profissionais e refere-se à memória das construções que funcionaram ou funcionam no âmbito socioeconômico urbano-industrial capitalista dos últimos tempos. De acordo com o site da Universidade Federal de Pelotas (2022, on line):

**Definição:** De acordo à Carta de Nizhny Tagil (2003) adotada pelo The International Committee for the Conservation of the Industrial Heritage – TICCIH (Comissão Internacional para a Conservação do Patrimônio Industrial), patrimônio industrial são os vestígios da cultura industrial com valor histórico, tecnológico, social, arquitetônico ou científico. Esses vestígios podem ser as edificações, maquinários, oficinas, fábricas, minas, locais de processamento e de refinamento, armazéns, centros de produção, transmissão e utilização de energia, meios de transporte e todas as infraestruturas e locais onde se desenvolvem atividades sociais relacionadas com a indústria (tanto habitacional quanto de culto ou educativas).

Esse documento foi complementado em 2018 pela Carta de Sevilha, na qual destacam-se entre outros aspectos: “El valor cultural de los testimonios materiales e inmateriales vinculados a las actividades productivas, [...] la creciente conciencia ciudadana por el mantenimiento y conservación del Patrimonio Industrial como parte esencial de la memoria colectiva. [...] La demanda expresada por colectivos ciudadanos para disponer de espacios donde poder expresar sus relaciones de memoria y sociabilidad”.

**Histórico:** A construção do conceito deu-se através da resignificação e reapropriação dos vestígios da produção industrial a partir da segunda metade do século XX, deixando de ser vistos como “restos” pouco importantes da atividade econômica para ter valor patrimonial. Surgiu na Inglaterra junto aos estudos da arqueologia industrial e em resposta à destruição de muitas fábricas durante a Segunda Guerra Mundial. A essas reivindicações sociais, para evitar a demolição de importantes testemunhos industriais ingleses, uniram-se os movimentos da “Arqueologia Industrial” (instaurada como metodologia adequada para o estudo destes restos físicos e suas conseqüentes relações econômico-sociais), que expandiu-se rapidamente a outros países europeus e do mundo (sobretudo a partir da década de 1970). De esse modo o conceito foi se construindo gradativamente a partir do reconhecimento dos valores (tangíveis e intangíveis) que eram a eles atribuídos. Um agrupamento dos patrimônios industriais é o que o Julián Sobrino (2011)<sup>121</sup> estabeleceu:

---

121 Julian Sobrinho (Universidade de Sevilha, História da Arquitetura, Teoria e Composição, Membro Docente). Fonte: <https://us.academia.edu/Juli%C3%A1nSobrino/CurriculumVitae>

- Arquiteturas (edifícios, construções, estilos, materiais de construção, etc)
- Objetos industriais (Máquinas, ferramentas, infraestrutura)
- Arquivos de Trabalho (documentos de gestão, balanços, comprovantes)
- Cultura Industrial (funções, conhecimentos, festividades, convivência, lazer, etc)
- Relatos de Vida (Memórias e entrevistas com trabalhadores e ex-trabalhadores).

A memória industrial em Marzagão traz nuances pertencimento rural, e de identidade urbana, por se tratar de um território híbrido, um espaço rurano, que mescla paisagens urbano-rurais e esboça laços afetivos fortes junto à comunidade local. O adjetivo rurano é "relativo a rurbanização" e "diz-se de espaço rural onde se registra o desenvolvimento de atividades e edificações próprias de áreas urbanas" (MEU DICIONÁRIO ORG, 2020, on line)

### **UMA REESCRITA DO HISTÓRICO DA VILA DE MARZAGÃO, DISTRITO DE CARVALHO DE BRITO, SUDOESTE DE SABARÁ - MG (1980-2000)**

A história oficial de Marzagão entre 1980 e 2000 é sinônimo de abandono, demolição e descaso (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Habitam em Marzagão, no início dos anos de 1990, abaixo de **50 famílias** que completam um valor absoluto de **191 pessoas**, sendo 66 homens, 63 mulheres e 61 crianças (dados obtidos pelo censo feito pelo grupo) de acordo com Gontijo (2001). Estas famílias estão alojadas em **antigos casarões** que foram erguidos nas circunvizinhanças da fábrica Companhia de Fiação e Tecidos de Minas Gerais, atual Marcell Phillipe e pagam pela morada uma mediana de 50 mil cruzeiros de mensalidade (**maio de 1993**) segundo escritos de Oliveira e Guimarães (2001). Os sobrados (Figura 01), em péssimo situação de conservação, mas ainda guardam em suas linhas e nuances, a formosura da arquitetura neocolonial (GONTIJO, 2001). Neste contexto, se enquadra a Carta de Nizhny Tagil122 SOBRE O Patrimônio Industrial (2003):

The International Committee for the Conservation of the Industrial Heritage (TICCIH) Julho 2003

O TICCIH – The International Committee for the Conservation of the Industrial Heritage (Comissão Internacional para a Conservação do Patrimônio Industrial) é a organização mundial consagrada ao patrimônio industrial, sendo também o consultor especial do ICOMOS para esta categoria de patrimônio. O texto desta

---

122 Nizhny Tagil , também escrito Nižnij Tagil , cidade, oblast de Sverdlovsk (região), Rússia ocidental . Nizhny Tagil fica ao longo do rio Tagil. Um dos centros de fundição mais antigos da região dos Montes Urais foi fundado em 1725 em conexão com a construção de uma fábrica metalúrgica que usa o minério de ferro de Vysokaya Gora. Tornou-se cidade em 1917 e hoje é um importante centro de ferro e aço conhecido pela metalurgia e engenharia. As manufaturas incluem máquinas-ferramentas, vagões ferroviários e materiais de construção. Como faculdade de formação de professores e estão localizadas na cidade, com uma faculdade de artes aplicada e um museu regional. Pop. (2006 est.) 379.724. Fonte: <https://www-britannica-com.translate.google.com/place/Nizhny-Tagil>



Carta sobre o Patrimônio Industrial foi aprovado pelos delegados reunidos na Assembleia Geral do TICCIH, de carácter trienal, que se realizou em Nizhny Tagil em 17 de Julho de 2003, o qual foi posteriormente apresentado ao ICOMOS para ratificação e eventual aprovação definitiva pela UNESCO

### **Preâmbulo**

Os períodos mais antigos da história da Humanidade são definem-se através dos vestígios arqueológicos que testemunharam mudanças fundamentais nos processos de fabrico de objectos da vida quotidiana, e a importância da conservação e do estudo dos testemunhos dessas mudanças é universalmente aceite.

Desenvolvidas a partir da Idade Média na Europa, as inovações na utilização da energia assim como no comércio conduziram, nos finais do século XVIII, a mudanças tão profundas como as que ocorreram entre o Neolítico e a Idade do Bronze. Estas mudanças geraram evoluções sociais, técnicas e económicas das condições de produção, suficientemente rápidas e profundas para que se fale da ocorrência de uma Revolução. A Revolução Industrial constituiu o início de um fenómeno histórico que marcou profundamente uma grande parte da Humanidade, assim como todas as outras formas de vida existente no nosso planeta, o qual se prolonga até aos nossos dias.

Os vestígios materiais destas profundas mudanças apresentam um valor humano universal e a importância do seu estudo e da sua conservação deve ser reconhecida.

Os delegados reunidos na Rússia por ocasião da Conferência 2003 do TICCIH desejam, por conseguinte, afirmar que os edifícios e as estruturas construídas para as actividades industriais, os processos e os utensílios utilizados, as localidades e as paisagens nas quais se localizavam, assim como todas as outras manifestações, tangíveis e intangíveis, são de uma importância fundamental. Todos eles devem ser estudados, a sua história deve ser ensinada, a sua finalidade e o seu significado devem ser explorados e clarificados a fim de serem dados a conhecer ao grande público. Para além disso, os exemplos mais significativos e característicos devem ser inventariados, protegidos e conservados, de acordo com o espírito da carta de Veneza, para uso e benefício do presente e do futuro [1].

Figura 01 - Sobrados na Vila de Marzagão



Fonte:

<https://d.facebook.com/prefeiturasabara/photos/a.1795858567403185/3036301706692192/?type=3&source=48>

O **abandono** é a particularidade mais acentuada no Marzagão, as ruas não tem calçamento, há mato por todo lado, habitações caindo aos pedaços, além de um velho galpão que está prestes a desmoronar (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). A estação foi destruída, assim como grande parte do patrimônio industrial (Figura 02). Da remota igreja só restou a torre que é um dos marcos do bairro (o outro é a chaminé do estabelecimento fabril (GONTIJO, 2001). Um edifício simples supriu a igreja antiga, feita de adobe (técnica de barro amassado), afamada pelos belos matrimônios que ali se concretizavam nos velhos momentos (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). De acordo com Gontijo (2001):

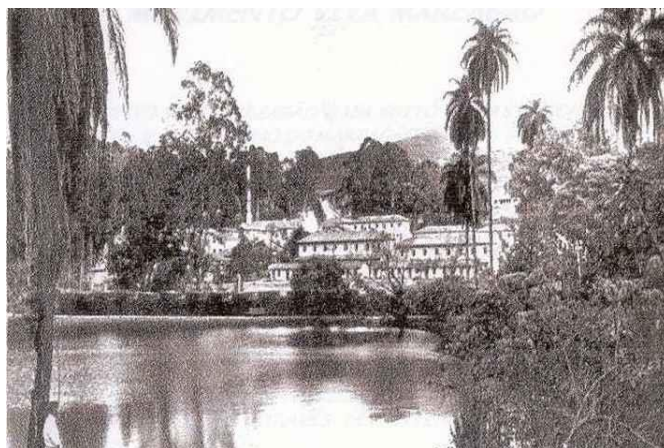
#### MARZAGÃO PEDE SOCORRO

Tememos pela dilapidação de todo um patrimônio histórico, Marzagão é o berço de todo o distrito Carvalho Britto. Por isso queremos preservar o restante do casario e as Matas do Inferno<sup>123</sup> e a Mata do Mello. Queremos o tombamento de toda essa área por ser um patrimônio histórico da nossa comunidade. A estação ferroviária foi derrubada, agora querem acabar com Marzagão. Vamos preservar nosso patrimônio. Um povo sem memória é um povo sem história e sem cultura.

---

<sup>123</sup> Art.224 -. Ficam consideradas para fins de preservação e declarados 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 biológica; (redação dada pela Emenda 018, de 25/09/2001) 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 da "Cabeça de Boi"; VIII - a reserva ecológica do "Segredo"; IX - a reserva ecológica do "Papa - Farinha"; X - a mata da encosta protetora da igreja São Francisco e das nascentes da água 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; XIV - conjunto paisagístico ecológico da Vila Elisa e matas adjacentes. XV - a lagoa da reta no bairro Padre Chiquinho. (Acrescido pela emenda 028, de 06/12/2005). Parágrafo único. - Quaisquer alterações nestas áreas de reservas ou de preservação natural, só poderão ser feitas por lei municipal.

Figura 02 - Paisagem pretérita de Marzagão



Fonte: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/livro-aborda-influencia-dos-assentamentos-operarios-sobre-as-cidades-brasileiras>

Hoje a **igreja** do Sagrado Coração de Jesus (Figura 03) **não tem padre**, e só é aberta nas sextas feiras e nos domingos, quando o padre da **paróquia do bairro vizinho (General Carneiro)** vem celebrar uma missa aos devotos (GONTIJO, 2001). A assiduidade não é grande, pois apenas os residentes mais velhos mantem o **costume de ir à missa**, sendo fraca a vista de jovens nas cerimônias (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). A realidade do bairro, hoje é deprimida, se confrontada aos velhos tempos quando laborava a Companhia de Fiação e Tecidos de Minas Gerais. Já não há mais **cinema, loja de variedades, mercearia ou padaria** (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). A Carta de Nizhny Tagil sobre o Patrimônio Industrial (2003) descreve os seguintes aspectos:

#### **Valores do patrimônio industrial**

O patrimônio industrial representa o testemunho de atividades que tiveram e que ainda têm profundas consequências históricas. As razões que justificam a proteção do patrimônio industrial decorrem essencialmente do valor universal daquela característica, e não da singularidade de quaisquer sítios excepcionais.

O patrimônio industrial reveste um valor social como parte do registo de vida dos homens e mulheres comuns e, como tal, confere-lhes um importante sentimento identitário. Na história da indústria, da engenharia, da construção, o patrimônio industrial apresenta um valor científico e tecnológico, para além de poder também apresentar um valor estético, pela qualidade da sua arquitectura, do seu design ou da sua concepção.

Estes valores são intrínsecos aos próprios sítios industriais, às suas estruturas, aos seus elementos constitutivos, à sua maquinaria, à sua paisagem industrial, à sua documentação e também aos registos intangíveis contidos na memória dos homens e das suas tradições.

A raridade, em termos de sobrevivência de processos específicos de produção, de tipologias de sítios ou de paisagens, acrescenta-lhes um valor particular e devem ser cuidadosamente avaliada. Os exemplos mais antigos, ou pioneiros, apresentam um valor especial.

Figura 03 - Igreja de Marzagão, reconstruída



Fonte: <https://mapio.net/pic/p-27385019/>

Daqueles períodos, o que sobrou foi o **clube social** que ainda funciona, originando **diversões, horas dançantes e outras distrações** para os inquilinos (GONTIJO, 2001). Restou o **time de futebol**, não tão bem provido como antes, quando existia **torcida organizada e uniformes**, mas ainda atual nos jogos de fins de semana, quando há uma “pelada” no campinho comunitário (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). A área a noroeste da vila operária (Figura 04) foi durante a década de 2000, loteada conforme atestam o seguinte ofício (2001):

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE,

Belo Horizonte, 16 de janeiro de 2001.

Of. N° 43/2001

Senhor Diretor Geral,

Com os nossos cumprimentos, vimos solicitar a V.Sa., a gentileza de informar se foi submetido à vistoria, para obtenção de Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), o loteamento “Campos Elíseos”, no Bairro Boa Vista, área da “Mata do Inferno124”,

---

124 Art. 15. Compete ao Poder Executivo tomar as providências 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 da promulgação desta Lei Orgânica (LEI ÔRGANICA DE SABARÁ, 1990).

que figura na Lei Orgânica do Município de Sabará como “reserva ecológica e de “proteção de mananciais” (arts. 224, II, e 15 das Disposições Transitórias).

Ocorre que a comunidade daquela região, que faz divisa com Belo Horizonte está bastante preocupada com o atual panorama de desolação que progressivamente vem se instalando, tendo em vista a destruição da própria mata, com corte de árvores, e dos mananciais, com o desvio do seu curso natural com aterro de algumas nascentes, o que conseqüentemente implica no desequilíbrio ambiental com prejuízos para todos nós.

Caso a aludida vistoria ainda não tenha sido feita, fineza procederá necessária fiscalização, nos fazendo conhecer os resultados dos estudos técnicos desse conceituado Instituto, para que possamos instruir e acompanhar questão de grande relevância e interesse.

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

Atenciosamente

ROBERTO CARVALHO

VEREADOR PT - 1º SECRETÁRIO

Ilmo. Sr.

Dr. Willer Hudson Pos

D.D. Diretor Geraldo do Instituto Mineiro de Gestão das Águas - IGAM

Rua Santa Catarina, 1.354, Bairro Lourdes

30.170-081 - CAPITAL

Figura 04 - Vista do que restou da mata do Inferno



Fonte: <http://anabelajardim.blogspot.com/2011/01/o-impasse-na-preservacao-da-mata-do.html>

Desde os anos 1980, uma diferente opção de lazer em Marzagão foram os **bares, onde** existem três mais tradicionais: um situado na **porta** da fábrica, com fachada ao **ponto** de ônibus, na entrada de Marzagão e um na centralidade do bairro que é o mais visitado dele e é popular mente chamado como Bar do “Seu” Jair (GONTIJO, 2001). Esse bar tem mesas ao ar livre, frondosas árvores, onde as pessoas se congregam, sobretudo nos fins de semana, para um bate papo e interação (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Esses bares se agregam à paisagem industrial local (Figura 05) como receptáculos: a Carta de Nizhny Tagil sobre o Patrimônio Industrial (2003) esclarece que:

#### **A importância da identificação, do inventário e da investigação**

Todas as colectividades territoriais devem identificar, inventariar e proteger os vestígios industriais que pretendem preservar para as gerações futuras.

Os levantamentos de campo e a elaboração de tipologias industriais devem permitir conhecer a amplitude do patrimônio industrial. Utilizando estas informações, devem ser realizados inventários de todos os sítios identificados, os quais devem ser concebidos de forma a proporcionarem uma pesquisa fácil e um acesso livre por parte do público. A informatização e o acesso on-line na Internet constituem objectivos importantes.

O inventário constitui uma componente fundamental do estudo do patrimônio industrial. O inventário completo das características físicas e das condições de um sítio deve ser realizado e conservado num arquivo público, antes de se realizar qualquer intervenção. Muitas informações podem ser obtidas se o inventário for efectuado antes do abandono da utilização de um determinado processo industrial

ou do fim da actividade produtiva de um sítio. Os inventários devem incluir descrições, desenhos, fotografias, e um registo em vídeo do referido sítio industrial ainda em funcionamento, com as referências das fontes documentais existentes. As memórias das pessoas que aí trabalharam constituem uma fonte única e insubstituível e devem ser também registadas e conservadas, sempre que possível.

A investigação arqueológica dos sítios industriais históricos constitui uma técnica fundamental para o seu estudo. Ela deve ser realizada com o mesmo nível de elevado rigor com que se aplica no estudo de outros períodos históricos.

São necessários programas de investigação histórica para fundamentar as políticas de protecção do património industrial. Devido à interdependência de numerosas actividades industriais, uma perspectiva internacional pode auxiliar na identificação dos sítios e dos tipos de sítios de importância mundial. Os critérios de avaliação de instalações industriais devem ser definidos e publicados a fim de que o público possa tomar conhecimento de normas racionais e coerentes. Com base numa investigação apropriada, estes critérios devem ser utilizados para identificar os mais significativos vestígios de paisagens, complexos industriais, sítios, tipologias de implantação, edifícios, estruturas, máquinas e processos industriais mais significativos.

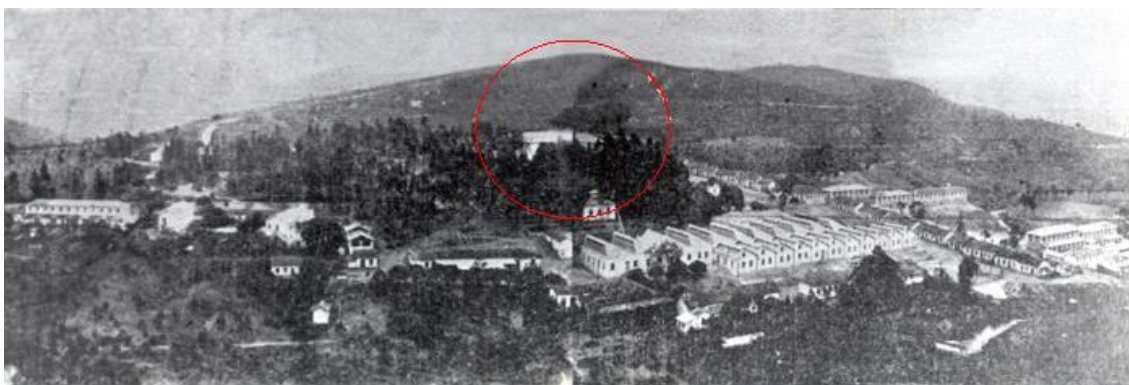
Os sítios e estruturas de reconhecida importância patrimonial devem ser protegidos por medidas legais suficientemente sólidas para assegurarem a sua conservação. A Lista do Património Mundial da UNESCO deverá prestar o legítimo reconhecimento ao enorme impacto que a industrialização teve na cultura da Humanidade.

Deve ser definido o valor dos sítios mais significativos assim como estabelecidas directivas para futuras intervenções. Devem ser postas em prática medidas legais, administrativas e financeiras, necessárias para conservar a sua autenticidade.

Os sítios ameaçados devem ser identificados a fim de que possam ser tomadas as medidas apropriadas para reduzir esse risco e facilitar eventuais projectos de restauro e de reutilização.

A cooperação internacional constitui uma perspectiva particularmente favorável para a conservação do património industrial, nomeadamente através de iniciativas coordenadas e partilha de recursos. Devem ser elaborados critérios compatíveis para compilar inventários e bases de dados internacionais.

Figura 05 - Paisagem, pretérita de Marzagão



Fonte:

<https://sobrecaminhar.wordpress.com/2010/04/28/marzagao-distrito-de-sabara-mg/>

A assiduidade de clientes é bastante diversa, encontrando várias pessoas de fora, que vem frequentar Marzagão e confraternizar com seu moradores (GONTIJO, 2001). São vários os níveis socioeconômicas, mas a interação é total e todos se reúnem como se fosse uma festa particular entre familiares e amigos (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). O bar é próximo da antiga estação ferroviária demolida (Figura 06), cujo saudosismo e sonho sempre trazem a tonam discussões patrimoniais conforme descreve outro ofício (2001):

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE

Of. nº 59/2001

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2001

Excelentíssimo Senhor Governador,

Recentemente tivemos conhecimento da assinatura de protocolo de intenções de Vossa Excelência com o Ministério dos Transportes, a Companhia Vale do Rio Doce e a Ferrovia Centro Atlântica para estudos de readequação de linha férrea e implantação de trens turísticos - "Trem do Ouro", ligando BH a Mariana e São João Del Rey a Tiradentes.

Queremos parabenizar essa Administração pela iniciativa de grande vulto para o Turismo do nosso Estado, e, na oportunidade, solicitar que seja incluído no projeto as reconstrução das estação Caetano Furquim e Carvalho de Brito, na Vila Marzagão, contemporânea à inauguração da ferrovia.

Ressaltamos que especialmente a região do "Marzagão", em Sabará, oferece atrativo turístico, tanto do ponto de vista histórico-cultural (complexos de construções antigas), como paisagísticos, estando na rota a área denominada "Mata do Inferno", reconhecida como "reserva ecológica" na Lei Orgânica daquele município.



Trata-se de integrar ao movimento que já sendo ampliado nas comunidades envolvidas, inclusive com relação à preservação e revisitação das matas e monumentos históricos, resguardando a memória histórica do nosso povo.

Na certeza da grande sensibilidade patriótica com que Vossa Excelência conduz suas ações, contamos com a imprescindível acolhida.

Atenciosamente,

ROBERTO CARVALHO

Vereador PT - 1º Secretário

Excelentíssimo Senhor

Dr. Itamar Franco

D.D. Governador do Estado de Minas Gerais

CAPITAL

Figura 06 - Estação de Carvalho de Brito



Fonte: <https://www.gtkabana.com.br/estacao>

Durante o ano, **vários festejos populares** ocorrem em Marzagão e são reconhecidas em Sabará pela grande animação (GONTIJO, 2001). São preparadas festas juninas, procissões, e a melhor delas, a Festa do Sagrado Coração de Jesus, que acontece no mês de junho (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). São nessas festas que os habitantes mais se entretém (GONTIJO, 2001). Mas, em compensação à alegria que circunda o Bar do “Seu” Jair, e as festas populares, estão os problemas encarados pelos residentes de Marzagão. Além da **má conservação dos casarões** onde moram, hoje lá falta tudo (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Para adquirir qualquer coisa, desde mantimentos até roupas e remédios, os inquilinos tem que andar cerca de **dois quilômetros** até a venda mais próxima, que fica em General Carneiro (GONTIJO, 2001). É uma resistência para não deixar o local e sua importância no tempo e no espaço, militando por sua conservação enquanto paisagem/patrimônio. A Carta de Nizhny Tagil sobre o Patrimônio Industrial (2003) discorre que:

#### **Proteção legal**

O patrimônio industrial deve ser considerado como uma parte integrante do patrimônio cultural em geral. Contudo, a sua proteção legal deve ter em consideração a sua natureza específica. Ela deve ser capaz de proteger as fábricas e as suas máquinas, os seus elementos subterrâneos e as suas estruturas no solo, os complexos e os conjuntos de edifícios, assim como as paisagens industriais. As áreas de resíduos industriais, assim como as ruínas, devem ser protegidas, tanto pelo seu potencial arqueológico como pelo seu valor ecológico.

Programas para a conservação do patrimônio industrial devem ser integrados nas políticas econômicas de desenvolvimento assim como na planificação regional e nacional.

Os sítios mais importantes devem ser integralmente protegidos e não deve ser autorizada nenhuma intervenção que comprometa a sua integridade histórica ou a autenticidade da sua construção. A adaptação coerente, assim como a reutilização, podem constituir formas apropriadas e econômicas de assegurar a sobrevivência de edifícios industriais, e devem ser encorajadas mediante controles legais apropriados, conselhos técnicos, subvenções e incentivos fiscais.

As comunidades industriais que estão ameaçadas por rápidas mudanças estruturais devem ser apoiadas pelas autoridades locais e governamentais. Devem ser previstas potenciais ameaças ao patrimônio industrial decorrentes destas mudanças, e preparar planos para evitar o recurso a medidas de emergência.

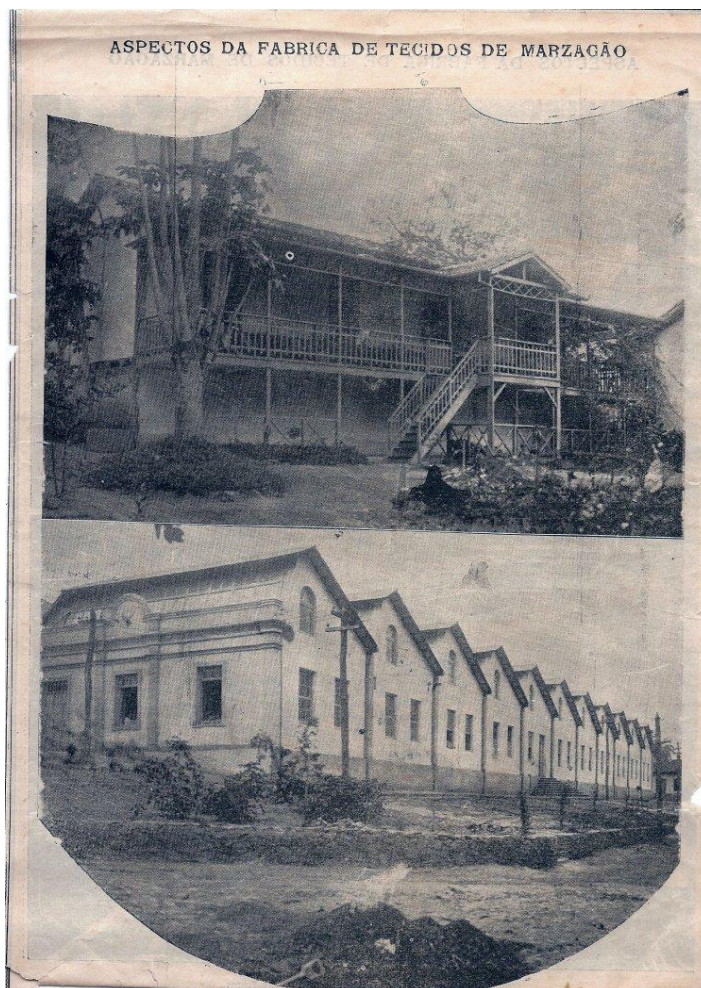
Devem ser estabelecidos procedimentos para responder rapidamente ao encerramento de sítios industriais importantes, a fim de prevenir a remoção ou a destruição dos seus elementos significativos. Em caso necessário, as autoridades competentes devem dispor de poderes legais para intervir quando for necessário, a fim de protegerem sítios ameaçados.

Os governos devem dispor de organismos de consulta especializados que possam proporcionar pareceres independentes sobre as questões relativas à protecção e conservação do património industrial, os quais devem ser consultados em todos os casos importantes.

Devem ser desenvolvidos todos os esforços para assegurar a consulta e a participação das comunidades locais na protecção e conservação do seu património industrial.

As associações e os grupos de voluntários desempenham um papel importante na inventariação dos sítios, promovendo a participação pública na sua conservação, difundindo a informação e a investigação, e como tal constituem parceiros indispensáveis no domínio do património industrial.

Figura 07 - Paisagem industrial pretérita de Marzagão



Fonte: <https://www.gtkabana.com.br/estacao>

Uma jornada a Belo Horizonte poderia ser coisa simples, já que uma **linha de Ônibus adveio a servir a região**, mas a dificuldade é que o ônibus só vai até o início do bairro, o que provoca uma boa caminhada para quem reside na parte alta, na Vila Operária, no lugar denominado Marzagão de Cima (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). O ponto de desembarque e embarque fica mais próximo da Vila Elisa (Marzagão de Baixo), visível na figura 08. Uma viagem da Vila Marzagão ao centro de Belo Horizonte demora em **média 20 a 25 minutos**, durante o dia, mas os habitantes mais jovens fazem críticas que, depois das 22:00 horas, o ônibus só passa de hora em hora e após as 00:00 horas, são de duas em duas, ou mais (GONTIJO, 2001). Outra alternativa de condução eram os **trens suburbanos, mas estes passam apenas duas vezes** por dia, em Marzagão, às 06:00 horas e às 18 horas, e por este pretexto é pouco empregado pelos habitantes locais (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). A **falta d'água** é comum na rotina diária do bairro, que é servido pela água de um poço artesiano de propriedade da fábrica, o que torna a água escassa para todos os horários em que o gasto da fábrica cresce (GONTIJO, 2001). Essas questões devem ser discutidas e melhoradas visando a manutenção e conservação da paisagem/patrimônio, bem como da qualidade de vida dos moradores. A Carta de Nizhny Tagil sobre o Patrimônio Industrial (2003) discorre que:

#### **Manutenção e conservação**

A conservação do patrimônio industrial depende da preservação da sua integridade funcional, e as intervenções realizadas num sítio industrial devem, tanto quanto possível, visar a manutenção desta integridade. O valor e a autenticidade de um sítio industrial podem ser fortemente reduzidos se a maquinaria ou componentes essenciais forem retirados, ou se os elementos secundários que fazem parte do conjunto forem destruídos.

A conservação dos sítios industriais requer um conhecimento profundo do objectivo ou objectivos para os quais foram construídos, assim como dos diferentes processos industriais que se puderam ali desenvolver. Estes podem ter mudado com o tempo, mas todas as antigas utilizações devem ser investigadas e avaliadas.

A conservação *in situ* deve considerar-se sempre como prioritária. O desmantelamento e a deslocação de um edifício ou de uma estrutura só serão aceitáveis se a sua destruição for exigida por imperiosas necessidades sociais ou económicas.

A adaptação de um sítio industrial a uma nova utilização como forma de se assegurar a sua conservação é em geral aceitável salvo no caso de sítios com uma particular importância histórica. As novas utilizações devem respeitar o material específico e os esquemas originais de circulação e de produção, sendo tanto quanto possível compatíveis com a sua anterior utilização. É recomendável uma adaptação que evoque a sua antiga actividade.

Adaptar e continuar a utilizar edifícios industriais evita o desperdício de energia e contribui para o desenvolvimento económico sustentado. O patrimônio industrial

pode desempenhar um papel importante na regeneração económica de regiões deprimidas ou em declínio. A continuidade que esta reutilização implica pode proporcionar um equilíbrio psicológico às comunidades confrontadas com a perda súbita de uma fonte de trabalho de muitos anos.

As intervenções realizadas nos sítios industriais devem ser reversíveis e provocar um impacto mínimo. Todas as alterações inevitáveis devem ser registadas e os elementos significativos que se eliminem devem ser inventariados e armazenados num local seguro. Numerosos processos industriais conferem um cunho específico que impregna o sítio e do qual resulta todo o seu interesse.

A reconstrução, ou o retorno a um estado anteriormente conhecido, deverá ser considerada como uma intervenção excepcional que só será apropriada se contribuir para o reforço da integridade do sítio no seu conjunto, ou no caso da destruição violenta de um sítio importante.

Os conhecimentos que envolvem numerosos processos industriais, antigos ou obsoletos, constituem fontes de importância capital cuja perda poderá ser insubstituível. Devem ser cuidadosamente registados e transmitidos às novas gerações.

Deve promover-se a preservação de registos documentais, arquivos empresariais, plantas de edifícios, assim como exemplares de produtos industriais.

Figura 08 - Vila Elisa, residência da Família Carvalho Britto



Fonte: [www.ipatrimonio.org/%2Fsabara-vila-elisa-vila-operaria-e-antiga-fabrica-de-tecidos-de-marzagao%2F&psig=AOvVaw2TQ2vAID2JPUC-eKiDWzwF&ust=1644839050581000&source=images&cd=vfe&ved=0CAsQjRxqFwoTCPibjI\\_N\\_PUCFQAAAAdAAAAABAD](http://www.ipatrimonio.org/%2Fsabara-vila-elisa-vila-operaria-e-antiga-fabrica-de-tecidos-de-marzagao%2F&psig=AOvVaw2TQ2vAID2JPUC-eKiDWzwF&ust=1644839050581000&source=images&cd=vfe&ved=0CAsQjRxqFwoTCPibjI_N_PUCFQAAAAdAAAAABAD)

Os inquilinos, especialmente as famílias que tem crianças desejam que a COPASA invista na ampliação de seu circuito de abastecimento no bairro, mas embora a empresa

assegurar que permanecia à disposição para perpetrar a obra, não se sabe como ela se realizará, uma vez que o lugar é uma **propriedade privada** (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Há o impedimento dos antigos residentes que acostumados com os velhos tempos, quando não quitavam água ou luz (cedida pela Usina Força e Luz, pertencente à família Carvalho Britto), hoje recusam-se a ter gastos, não saldando nem a conta da CEMIG, que é responsável pelo provimento de energia elétrica no bairro (GONTIJO, 2001). A CEMIG faz uma leitura para o bairro todo e o total é dividido entre os moradores que se dispõe a pagar (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). A realidade é diferente nos loteamentos novos que rondam a Mata do Inferno, conforme descreve o Blog Ana Bela Jardim (2011, on line):

A Mata do Inferno, na divisa dos municípios de Belo Horizonte e Sabará, é hoje alvo de um impasse entre o avanço imobiliário a necessidade da população dos bairros adjacentes em tê-la preservada. Sendo um resquício de mata atlântica, com espécies vegetais raras, animais silvestres, nascentes e grutas, precisa ser preservada e transformada num parque ecológico. Se ainda não está tombada, não é por falta de interesse da população local que constantemente tem feito passeatas, participado de audiências junto à Prefeitura e Câmara Municipal de Sabará. Sendo uma área particular e de grande interesse de construtoras que já começaram a construir condomínios de luxo, a situação se agrava um pouco.

Mais um dos absurdos que caminham ininterruptamente nesse mundo capitalista.

O nome Mata do Inferno, segundo a tradição oral tem duas explicações: a primeira hipótese é de que no período de exploração do ouro em Sabará, quando os escravos fugiam e se embreavam nessa mata dificilmente eram encontrados, daí ela era o inferno na vida dos senhores de escravos; uma segunda hipótese é de que no período do governo militar, o local teria servido de desova, causando grande pânico à população vizinha.

A educação das crianças é outra dificuldade, pois a escola municipal primária que ali existe é precária (GONTIJO, 2001). Escola de 1º grau só há em General Carneiro, o que força o estudante a percorrer no mínimo dois quilômetros para ir e para voltar das aulas, muitas vezes arriscando-se, pois no bairro não há policiamento e nem delegacia (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Segundo relatos locais, por ser um bairro distante, não é raro surgirem ladrões, bêbados, mendigos e viciados em drogas, que ali vão à noite, compreendendo que não serão importunados (GONTIJO, 2001). Quando estes “visitantes” indesejáveis não ameaçam as pessoas, os habitantes esperam que eles abandonem o bairro por conta própria, o que normalmente ocorre quando o dia amanhece (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). A Carta de Nizhny Tagil sobre o Patrimônio Industrial (2003) pondera que:

#### **Educação e formação**

Uma formação profissional especializada, abordando os aspectos metodológicos, teóricos e históricos do patrimônio industrial deve ser ministrada no ensino técnico e universitário.

Devem ser elaborados materiais pedagógicos específicos abordando o passado industrial e o seu património para os alunos dos níveis primário e secundário.

### **Apresentação e interpretação**

O interesse e a dedicação do público pelo património industrial e a apreciação do seu valor constituem os meios mais seguros para assegurar a sua preservação. As autoridades públicas devem explicar activamente o significado e o valor dos sítios industriais através de publicações, exposições, programas de televisão, Internet e outros meios de comunicação, proporcionando o acesso permanente aos sítios importantes e promovendo o turismo nas regiões industriais.

Os museus industriais e técnicos, assim como os sítios industriais preservados, constituem meios importantes de protecção e interpretação do património industrial.

Os itinerários regionais e internacionais do património industrial podem esclarecer as contínuas transferências de tecnologia industrial e o movimento em larga escala das pessoas que as mesmas podem ter provocado, promovendo um afluxo do público interessado em conhecer uma nova perspectiva do património industrial.

Nizhny Tagil, 17 de Julho de 2003

Figura 09 - Imagem área de Marzagão tendo a oeste BH, e a noroeste a mata do Inferno



Fonte: <https://sobrecaminhar.wordpress.com/2010/04/28/marzagao-districto-de-sabara-mg/>

Ainda que a vida não gire mais, excepcionalmente em torno da fábrica, ainda é muito subordinada à ela, pois a maior parte das pessoas ali trabalha ou cumpre serviços terciários, na marcenaria ou na lavanderia que operam paralelamente à usina (GONTIJO, 2001). Quem não arranja um emprego em um desses espaços, não consegue trabalho fácil em Belo Horizonte, pois fica difícil achar quem pague quatro passagens de ônibus por dia para um funcionário, uma vez que Marzagão fica longínquo do centro de Belo Horizonte (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Com tantas dificuldades na localidade, é de admirar-se que Marzagão ainda refugie tantas famílias (GONTIJO, 2001). A causa disso talvez seja o afeto que as pessoas idosas, que conviveram ali décadas, sentem pelo bairro (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). O saudosismo com que recordam os períodos de prestígio quiçá esclareça a firme oposição em sair de lá, apesar da pressão dos donos (Herdeiros de Carvalho Britto) que tem interesse em retirar todos os inquilinos e parcelar toda a região (GONTIJO, 2001). Os antigos residentes asseveram que de Marzagão só saem mortos ou mediante uma vultuosa compensação pelo período de moradia ali (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001).

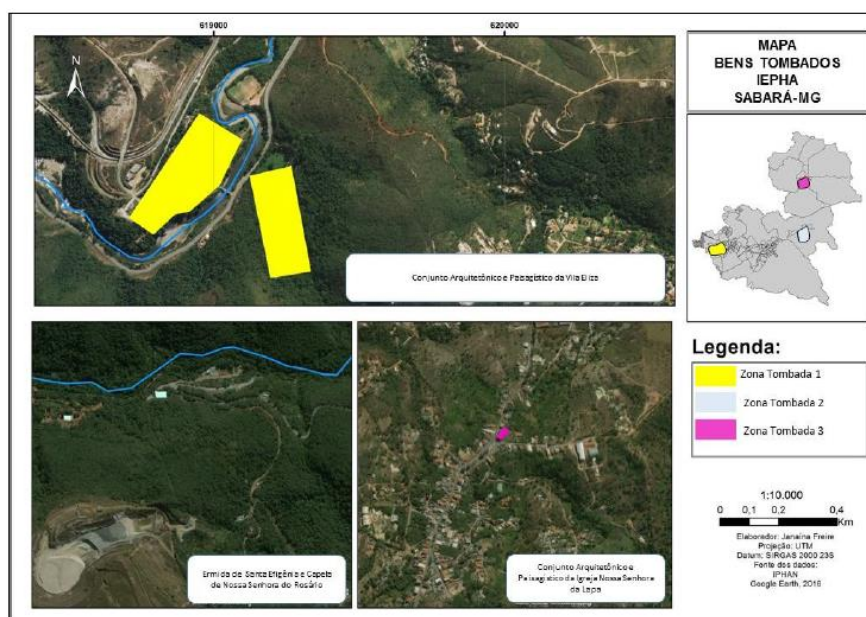
Já os jovens habitantes não tem nenhum afeto pelo lugar e reclamam da falta de diversões e problemas de transporte, pois o ônibus atrasa demais para voltar de madrugada (GONTIJO, 2001). Conjugada ao bairro fica a **“Vila Elisa”, residência dos Carvalho Britto** nos tempos áureos da localidade (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Hoje, a habitação, que tem ao seu redor uma **chácara, fica a maior parte do tempo fechada**. A família Carvalho Britto quase não vem ao local, só surgindo raramente para ver se está tudo em ordem (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). A Vila tem entrada própria, possui um vigilante e não é qualquer pessoa entra na chácara (GONTIJO, 2001). Alguns moradores de Marzagão, os mais jovens, nem conhecem a casa, **um antigo sobrado, em estilo neocolonial**, ainda hoje resguardado com suas particularidades originais (OLIVEIRA;



GUIMARÃES, 2001). **Já existem pessoas unidas à área cultural batalhando para que a casa vire um museu, mas a família está tentando comercializá-la antes que isto aconteça e a casa seja expropriada** (GONTIJO, 2001). Nos anos 2000, houve o tombamento do Conjunto Arquitetônico e Paisagístico de Marzagão, com definição de duas áreas, conforme descrição na Figura 10: Vila Elisa (Marzagão de Baixo) e Vila Operária (Marzagão de Cima). Freire (2019, on line):

No distrito de Carvalho de Brito identificamos duas edificações invisíveis na paisagem física mas aparentes nas paisagens da memória dos moradores. A primeira delas é o coreto da Vila Eliza, que foi comentado por todos os moradores com os quais conversamos na Vila Marzagão. Ele era muito presente pois lá se reuniam para conversar e conviver, além de ser uma praça de festividades. Além do Coreto, a estação de trem de General Carneiro ainda perpetua muito na memória dos moradores do distrito. Embora outras estações também tenham sido suprimidas da paisagem, essa nos pareceu a mais marcante. Para os jovens essa edificação é indiferente, mas os adultos e idosos sempre comentam sobre o lugar que era um ponto de encontro e de reunião dos moradores. Além disso, para ir à estação usavam as melhores roupas, demonstrando a importância do local.

Figura 10 - Conjunto Arquitetônico e Paisagístico de Marzagão: Vila Elisa (Marzagão de Baixo) e Vila Operária (Marzagão de Cima).



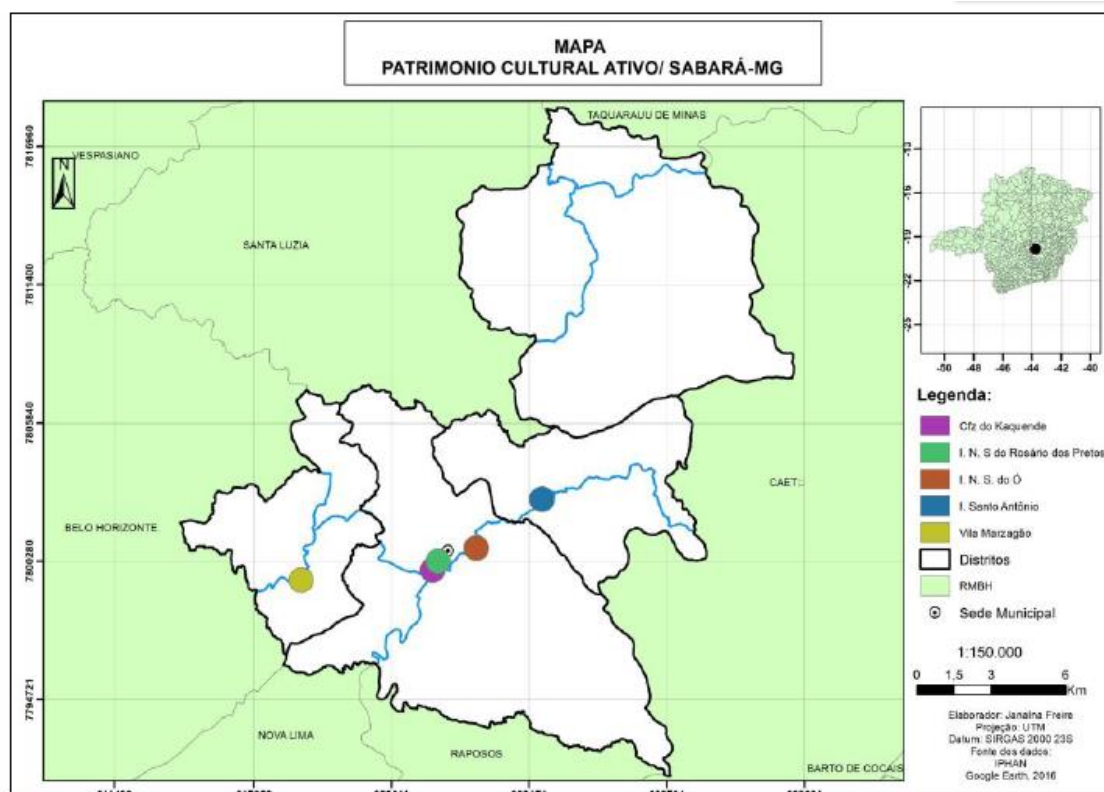
Fonte: <https://www.redalyc.org/journal/6040/604065779008/html/>

No início dos anos 2000, houve um surto de **leishmaniose (doença que ocasiona úlceras na pele e é transmitida por picadas de mosquitos contaminados pelo agente parasita)** ocorreu na “Vila Elisa” e existiram casos em Marzagão (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Por enquanto, parece que a doença está sobre domínio, por meio da atuação do **serviço de zoonoses** do estado de Minas Gerais (GONTIJO, 2001). Tantas dificuldades pintam um quadro não muito colorido para os habitantes de Marzagão, além de um futuro improvável, uma vez que embora o bairro faça parte do município de Sabará, lá ainda é **propriedade particular, e por isso a prefeitura não tem o comprometimento legal de realizar obras de melhoria** (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Mas, para os visitantes, as cores são muitas (GONTIJO, 2001). Quem chega a Marzagão encontra com um **atmosfera campestre, com majestosas vistas de montes salpicadas de coqueiros** (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). A impressão de abandono logo é sentida, quando repara-se na **destruição e na declínio do sítio, mas as peculiaridades do bairro**, tão perto de Belo Horizonte e com **propriedades tão próprias e feição rural**, despertam a atenção dos visitantes (GONTIJO, 2001). Freire (2019, on line) argumenta que:

A Vila Marzagão é uma antiga vila operária da indústria têxtil sabarense, segunda do Brasil e pioneira de Minas Gerais. Já abarcou aproximadamente 2.500 funcionários que moravam na vila. Hoje, nas estruturas da antiga indústria, funciona uma outra denominada Marcel Philippe; no galapo de depósito do algodão, mora uma família dona de um grupo de teatro chamado Kabana; e nas casas que restaram, habitam moradores que não tem registro e nem direito a terra. Muitos desses moradores são descendentes de trabalhadores da indústria têxtil, que sem terem para onde ir, ali se estabeleceram. A memória da antiga vila ainda está presente nos moradores mais antigos. Há algum tempo isso vem sendo

reproduzido aos jovens, através do trabalho realizado pelo grupo Kabana, que já se considera parte da comunidade que frequenta a vinte anos.

Figura 11 - Mapa patrimonial de Sabará, com destaque para Carvalho de Brito



Fonte: <https://www.redalyc.org/journal/6040/604065779008/html/>

Os **moradores humildes, receptivos e simples** tem encanto em falar sobre o lugar, pois os problemas do bairro não lhes tira o regozijo de viver ali (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001). Nos finais de semana, estão todos por ali, dialogando uns com os outros, **as portas e janelas abertas**, como se estivessem a 50 anos atrás, e o afeto deles pode ser sentido em poucos momentos de conversa (GONTIJO, 2001). **A fascinação maior de Marzagão talvez seja desvendar sua história, conhecer sua ascensão, glória e decadência, descobrir seu passado, antes que ele desapareça no conflito com que o progresso abeira-se** (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2001).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se a partir da respectiva revisão bibliográfica que a Vila de Marzagão, composta pela Vila Operária (Marzagão de Cima) e Vila Elisa (Marzagão de Baixo), bem como a Mata do Inferno merecem além de políticas públicas de patrimonialização e

tombamento, precisam ser concebidas enquanto projeto de paisagem/patrimônio que abrigue um museu a céu aberto tematizando questões contemporâneas inerentes à conservação, disponibilização e apropriações dos diferentes patrimônios industriais do estado de Minas Gerais, com ênfase na indústria têxtil e seus desdobramentos.

Além de retratar museologicamente, a questão da indústria têxtil com seus avanços e retrocessos, faz-se necessário também problematizar a questão de degradação do patrimônio industrial no país e no mundo, tendo como referência à Carta de Nizhny Tagil sobre o Patrimônio Industrial (2003), destacando inclusive um dos problemas atuais que é a geração e o descarte do lixo têxtil e os problemas correlacionados à ecologia do Planeta

## 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

ÁVILA, Rodrigo Pletikoszits de. **TRABALHO, MEMÓRIAS E PRESERVAÇÃO PATRIMONIAL NA VILA MARZAGÃO, SABARÁ, MG**, (Dissertação Mestrado em Ciências Sociais). Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, Março de 2008. Disponível em <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/CiencSociais\\_AvilaRP\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/CiencSociais_AvilaRP_1.pdf)> Acesso em 18. Jan. 2022

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, 200

CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV. **Primeira República (Verbetes) Carvalho Brito**. Disponível em <<http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/BRITO.%20Carvalho.pdf>> Acesso em 18. Jan. 2022

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

FREIRE, Janaína Mourão. **Patrimônio(s) Cultural(is): Abordagem fenomenológica para estudos de patrimonialização**. In: PatryTer – Revista Latinoamericana e Caribenha de Geografia e Humanidades, vol. 2 (nº 4), p. 83-99.

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

FREIRE, Janaína Mourão. **Patrimônio(s) Cultural(is): Abordagem fenomenológica para estudos de patrimonialização**. Disponível em <<https://www.redalyc.org/journal/6040/604065779008/html/>> Acesso em 18. Jun. 2022

PatryTer, vol. 2, núm. 4, pp. 83-99, 2019

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Dicionários (verbetes biográfico) Manuel Tomás de Carvalho Brito**. Disponível em <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbetes-biografico/manuel-tomas-de-carvalho-brito>> Acesso em 18. Jan. 2022

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Dicionários (verbetes biográfico) Movimento Revolucionário Oito de Outubro**. Disponível em <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbetes-tematico/movimento-revolucionario-8-de-outubro-mr-8>> Acesso em 31. Dez. 2021

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

MAIA, Andrea Casa Nova. **Fábrica de Tecidos de Marzagão - Sabará/MG.** In: Site Laboratório de Estudos da História do Mundo do Trabalho. Disponível em <<https://lehmt.org/lmt82-fabrica-de-tecidos-de-marzagao-sabara-mg-andrea-casa-nova-maia/>> [Acesso em 18. Jan. 2022](#)

MEU DICIONÁRIO ORG. **Verbetes de Rurbano.** Disponível em <<https://www.meudicionario.org/rurbano>> [Acesso em 18. Jan. 2022](#)

NEO COMUNICAÇÃO. **Lei Orgânica de Sabará (1990).** Disponível em <[https://neocomunicacao.com.br/sabara/assets/img/images/%7BF05DF10E-BFF4-45E6-922A-FE952E983C67%7D\\_wfd\\_142064570954ad554dc0f00--lei\\_org%C3%A2nica\\_sabar%C3%A1\\_atualizada\\_-\\_2014.pdf](https://neocomunicacao.com.br/sabara/assets/img/images/%7BF05DF10E-BFF4-45E6-922A-FE952E983C67%7D_wfd_142064570954ad554dc0f00--lei_org%C3%A2nica_sabar%C3%A1_atualizada_-_2014.pdf)> [Acesso em 18. Jan. 2022](#)

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

SECRETARIA DE ESTADO DE CULTURA. **Arquivo Público Mineiro: Fotografia de Carvalho de Brito.** Disponível em <[http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/fotografico\\_docs/photo.php?lid=76](http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/fotografico_docs/photo.php?lid=76)> [Acesso em 18. Jan. 2022](#)

SITE CLASSICISTRANIERI. **História de Carvalho de Brito.** Disponível em <[https://www.classicistranieri.com/pt/articles/c/a/r/Carvalho\\_de\\_Brito\\_930c.html](https://www.classicistranieri.com/pt/articles/c/a/r/Carvalho_de_Brito_930c.html)> [Acesso em 18. Jan. 2022](#)

SITE SOU SABARÁ. **Descobrimo bairros e distritos de Sabará: General Carneiro, Carvalho de Brito.** Disponível em <<https://sousabara.com.br/descobrimo/general-carneiro-carvalho-de-brito-bairros-e-distritos-de-sabara/>> [Acesso em 18. Jan. 2022](#)

SITE ESTAÇÕES FERROVIÁRIAS. **Estação Carvalho de Brito.** Disponível em <[http://www.estacoesferroviarias.com.br/efcb\\_mg\\_paraopeba/carvalho.htm](http://www.estacoesferroviarias.com.br/efcb_mg_paraopeba/carvalho.htm)> [Acesso em 18. Jan. 2022](#)

TICCIH BRASIL. **Carta de Nizhny Tagil sobre o patrimônio industrial** Disponível em <<https://ticcihbrasil.org.br/cartas/carta-de-nizhny-tagil-sobre-o-patrimonio-industrial/>> [Acesso em 18. Jan. 2022](#)

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS. **História, memória e patrimônio industrial de Pelotas.** In Site Patrimônio Industrial: o projeto patrimônio industrial. Disponível em <<https://wp.ufpel.edu.br/patrimonioindustrial/o-projeto/patrimonio-industrial/>> [Acesso em 18. Jan. 2022](#)

## **A ESTRITA OBSERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES COMO UMA GARANTIA FUNDAMENTAL PARA SE EFECTIVAR A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL ANGOLANA.**

**WILSON CARLOS MUCAPOLA:**  
Advogado, Docente da FDULAN e  
Mestrando de FDUAN

**Resumo:** O presente artigo é fruto de uma pesquisa desenvolvida no âmbito do trabalho de pesquisa da CRA, notadamente no campo da estrita observação do princípio da separação de poderes como uma garantia fundamental na justiça constitucional, e tem como objectivo tratar do fenómeno das várias opiniões que surgem, a volta das possíveis interferências ou não do poder executivo face aos demais poderes, com enfoque voltado para a realidade jurídico-constitucional angolana. Por meio de uma análise teórico-doutrinária e jurisprudencial, buscou-se verificar como deve ser compreendido o princípio da separação dos poderes actualmente; qual o limite e qual a melhor forma de actuação do poder judicial, assim como do legislativo. No esquema da separação dos poderes; o que pode ser considerado e como pode ser entendido o fenómeno das relações desses três órgãos de soberanias. Esta pesquisa foi dividida em três partes. Na primeira, é trabalhado o princípio da separação dos poderes. Na segunda, é dedicado espaço da actuação dos três poderes. Na terceira, aborda-se mais directamente o grau da independência dos três poderes. Nesta última parte, depois, são lançadas algumas reflexões propositivas para a solução ou a amenização, do cumprimento escrupuloso da actuação independente dos três poderes tal como reza os preceitos constitucional angolano. Por fim, traz-se uma síntese das conclusões a que se chegou no presente trabalho.

Palavras-chave: separação de poderes, justiça, constituição, princípio independência.

**ÍNDICE:** Introdução. 1. O Princípio da Separação de Poderes. 1.1. Ponto Prévio. 1.2- Algumas considerações sobre as origens da separação dos poderes. 1.2.1 diferentes contribuições para a separação dos poderes. 1.2.2 Aristóteles: constituição mista e descrição de funções. 1.2.3 Separação dos poderes em John Locke. 1.2.4 A teoria da separação dos poderes em Montesquieu. 1.2.5 A teoria da separação dos poderes nos Estados Unidos da América, numa perspectiva do estudo comparado, caso Angola. Conclusões. Bibliografia

### **Introdução**

A racionalização do uso do poder desde há muito tempo é uma grande preocupação do Mundo. Além da própria história, obras e estudos considerados clássicos mostram que para se impedir ou dificultar que os que detêm o poder venham a cometer



abusos é preciso que ele esteja adequadamente distribuído. Frente a toda sorte de abusos já registrados, o surgimento e o desenvolvimento de muitas discussões e teorias terminaram por consagrar o princípio da separação dos poderes como um dos pilares do Estado de Direito. Como se sabe, tal princípio é de fundamental importância para que seja preservado um grau de liberdade satisfatório e para que possam ser garantidos os mais diversos direitos aos cidadãos<sup>125</sup>.

Podemos considerar o tema em estudo como um dos mais controversos na actualidade dada a sua expansão territorial e ideológica nesse cenário. Surgem as questões de se saber como pode e/ou deve ser compreendido o princípio da separação dos poderes actualmente; como deve ser a actuação dos poderes para que tal princípio seja respeitado; qual o limite e como deve ser a actuação desses poderes. Frente a essas questões, mesmo tendo sido estas apresentadas ainda de forma incipiente, já é possível perceber a necessidade e pertinência delas serem abordadas. A problemática levantada justifica a realização do presente estudo. Assim sendo, o enfrentamento do tema é feito por meio de uma pesquisa teórico-doutrinária e jurisprudencial, partindo-se de uma visão global, para a análise de uma realidade específica (a angolana). Para tanto, divide-se o presente estudo em três capítulos.

No primeiro capítulo é tratado o tema separação dos poderes. Para começar, são tecidas algumas considerações sobre as origens da ideia da separação dos poderes. Apresenta-se também as diferentes contribuições da doutrina para tal tema, nomeadamente as de Aristóteles, John Locke, Montesquieu, bem como os contributos da doutrina norte-americana, em especial as formulações de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, no âmbito dum estudo na vertente comparada com o ordenamento jurídico angolano. É dedicado espaço ainda para as funções e características do princípio da separação dos poderes. Além disso, busca-se verificar qual "leitura" de tal princípio melhor se coaduna com as actuais necessidades e com a actual conjuntura do Estado de Direito. E, no fim do capítulo, levantam-se alguns questionamentos concernentes aos controles recíprocos e a limitação dos poderes.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo da actuação dos três poderes, é o momento em que se faz uma apresentação e análise das principais funções que estes podem e devem desempenhar. Isso, para, inclusive, em seguida, buscar medir a importância que têm esses órgãos, apontando como podem contribuir ou prejudicar o exercício das funções do Estado no exercício das suas actuações. Na terceira, aborda-se mais directamente o grau da independência dos três poderes.

---

<sup>125</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. de Cristina Murachco da obra *L'Esprit des Lois* (1748). São Paulo: Martins Fontes, 1996. Capítulo VI, Livro XI, p. 175.

## 1. O Princípio da Separação de Poderes

### 1.1. Ponto Prévio

A ordem jurídica angolana resulta da soberania do Estado ou da vontade do povo angolano que é representada pelos órgãos de soberania Assembleia Nacional, Presidente da República e os Tribunais. Desde já, regista-se que trabalhar o tema separação dos poderes apresenta certas dificuldades. A separação de poderes é um tema complexo para alguns dos mais controversos do direito público e/ou constitucional pois foi e é considerado ou entendido de várias formas, em diferentes momentos históricos, partindo de diversos pontos de vista e tendo em conta as mais variadas circunstâncias.

Dito isto, cumpre antecipadamente esclarecer, a título de delimitação do que será trabalhado em seguida, que dentre as diferentes formas que a separação dos poderes pode ser considerada, o tema será trabalhado focando-se em dois entendimentos: 1) como doutrina que busca um equilíbrio entre as forças sociais e políticas existentes em determinada sociedade; e, 2) como princípio constitucional orgânico-funcional. A este último será dada maior ênfase. Todavia, numa tentativa de melhor sistematização e clareza, não se deixará de abordar alguns outros aspectos que se mostrem importantes para a formação de um melhor entendimento e clareamento sobre a separação dos poderes.

Importa fazer ainda um esclarecimento sobre o uso do termo “separação dos poderes”. Como ensina Canotilho,

“O **princípio da separação de poderes** transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como ‘divisão’, ‘controlo’, e ‘limite’ do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva). O sentido referido em (1) corresponde, em rigor, à ideia de **divisão de poderes**; o sentido referido em (2) aponta sobretudo para a ideia de **separação de poderes**.”<sup>126</sup>

Diante disso, interessa dizer que, em regra, o termo separação dos poderes será usado de forma geral, no sentido do “princípio da separação de poderes”, englobando as duas dimensões de que fala o autor.

O conceito da separação dos poderes, também referido como princípio de *trias politica*, é um modelo de governar cuja criação é datada da Grécia Antiga. A essência desta teoria se firma no princípio de que os três poderes que formam o Estado (poder legislativo, executivo e judiciário devem actuar de forma separada, independente e harmônica, mantendo, no entanto, as características do poder de ser uno, indivisível e indelegável.

---

<sup>126</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 250

Este princípio é de independência e harmonia no sentido de que cada poder tem a sua esfera de actuação preponderante, de outro poder.

## 1.2- Algumas considerações sobre as origens da separação dos poderes

Como doutrina que busca equilíbrio entre forças políticas e sociais, a separação dos poderes “assume-se como tema recorrente do pensamento ocidental, desde a antiguidade clássica”<sup>127</sup>. Segundo Dalmo Dallari, “o antecedente mais remoto da separação de poderes encontra-se em Aristóteles (...)”<sup>128</sup>. Sobre este ponto, deve ser dito que, além da contribuição desse pensador na Grécia, em Roma também se viu algumas ideias relacionadas com a separação dos poderes serem trabalhadas, em especial por Cícero e Políbio, ganhando um pouco mais de destaque as apresentadas por este último<sup>129</sup>. O que foi apresentado por estes autores romanos também pode ser considerado antecedente ou origem remota da separação dos poderes.

Já no que diz respeito à separação de poderes como princípio orgânico-funcional que tende a uma distinção entre as funções estaduais, prescrevendo a distribuição de cada uma dessas funções a um órgão separado e visando principalmente privilegiar uma ideia de liberdade individual, sua origem histórica é moderna. Tal concepção vem surgir e ser desenvolvida na Inglaterra, no século XVII, quando aparece uma primeira sistematização doutrinária nesse sentido, elaborada por John Locke, na obra *Segundo Tratado Sobre o Governo*<sup>130-8</sup>. Além de Locke, outros autores ingleses apresentaram teorias acerca da separação dos poderes, como Montesquieu, na sua clássica obra *O Espírito das Leis*<sup>131</sup>, desenvolveria a “versão” da separação dos poderes que serviria de base para o Estado Constitucional Moderno. Foi esta obra, principalmente o

<sup>127</sup> Com essas palavras, Nuno Piçarra aponta a Antiguidade Clássica como “origem remota da doutrina da separação dos poderes”. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 31.

<sup>128</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 215.

<sup>129</sup> PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 37-40.

<sup>130</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o Governo Civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Costa. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001. <sup>8</sup> Nesse sentido é a afirmação de Nuno Piçarra: “Todavia, a doutrina da separação dos poderes, na parte em que desenvolve uma distinção entre funções estaduais, prescrevendo a atribuição de cada uma delas a órgãos diferentes (separados), em nome, sobretudo, da liberdade individual, é de origem inequivocamente moderna, tendo nascido em Inglaterra no século XVII”. Ainda segundo o autor português, “A própria expressão ‘separation of powers’ é dessa época.” *In* PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 31.

Essa afirmação encontra base ainda nas palavras de Dalmo Dallari quando diz: “No século XVII é que vai surgir, entretanto, uma primeira sistematização doutrinária da separação dos poderes, com a obra de Locke. Baseado evidentemente, no Estado Inglês do seu tempo (...)”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 215.

<sup>131</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. de Cristina Murachco da obra *L’Esprit des Lois* (1748). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Capítulo VI do Livro XI, como se sabe, que fez com que o princípio da separação dos poderes ficasse fortemente ou automaticamente associado à obra e ao nome de Montesquieu<sup>132</sup>. As contribuições de Locke, Bolingbroke e Montesquieu, e principalmente as deste último, ofereceram as ideias chave da actual compreensão do princípio da separação dos poderes. Contudo, não se pode deixar também de mencionar os contributos da doutrina norte americana, nomeadamente as formulações de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay nos clássicos artigos " *The Federalist*"<sup>133</sup>.

Aliada a essa visão, aqueles que historicamente advogavam em nome do constitucionalismo foram enfáticos em reconhecer o papel estratégico a ser desempenhado por uma estrutura governamental na sociedade; contudo, atentaram também para o factor essencial de se limitar e controlar o exercício desse poder. Por intermédio da obra de Montesquieu a teoria da separação de poderes foi agregada ao constitucionalismo. O celebre espírito das leis, publicado em 1748, traz a ideia de três poderes harmónicos e independentes entre si, sendo eles o poder Legislativo, o poder Executivo e o poder Judiciário.

O princípio da separação de poderes, como se constata, tem várias dimensões, de acordo com a assunção do poder dos direitos fundamentais e de acordo com a postura do Estado. Gomes Canotilho (2014) explica essa diferenciação caracterizada num documento escrito que traça a ordenação sistémica e racional da comunidade política, assegurando um conjunto de direitos fundamentais e estabelecendo diretrizes e limites ao exercício do poder político.

### **1.2.1 diferentes contribuições para a separação dos poderes**

Como já antecipado, o tema separação de poderes ao longo do tempo foi abordado, direta ou indiretamente, por muitos autores, juristas, publicistas, filósofos, sociólogos, por exemplo. Neste tópico, passa-se a analisar as contribuições de alguns autores que se destacaram no trato do tema e que têm suas teorias costumeiramente citadas pela doutrina em geral como origem remota, próxima ou antecedente da separação dos poderes, dentre outras designações.

### **1.2.2 Aristóteles: constituição mista e descrição de funções**

Já na Grécia, Aristóteles, em sua obra *Política*<sup>134</sup>, trabalhou ideias que apresentam alguma relação com as formulações teóricas desenvolvidas por Locke e

<sup>132</sup> Cf. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 19.

<sup>133</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. do original " *The Federalist*" por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

<sup>134</sup> ARISTÓTELES. *Política*. Trad. António Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1988.

autores ingleses, autores norte-americanos e Montesquieu, em especial, acerca da teoria da separação dos poderes. Aristóteles, pelo que se percebe diante das constantes invocações e exemplos de que se utiliza na mencionada obra, baseia-se em experiências vividas no seu tempo nas cidades gregas, descreve e individualiza essas experiências para defender um melhor tipo de constituição<sup>135</sup>. O filósofo de Estagira teve um papel importante para formação da teoria da constituição mista. Em relação ao que é constituição mista, Nuno Piçarra afirma que:

“(...) constituição mista já será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o ‘exercício da soberania’ ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. ‘p<sup>o</sup>’Contrapõem-se-lhes, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político”<sup>136</sup>.

Diferente do pensamento de Platão, que tratava o Estado como unidade, Aristóteles analisa o Estado numa perspectiva de multiplicidade, composto por vários elementos<sup>137</sup>. Partindo dessa perspectiva, Aristóteles reconhece a dificuldade do Estado existir sem a colaboração das diversas partes e elementos que o compõe. Com essa base, defende que a melhor constituição é a que leva em conta, ao mesmo tempo, os pobres e ricos, e a mistura de elementos da oligarquia e da democracia<sup>16-138</sup>. Essa configuração tenderia a um “meio termo” e favoreceria a formação e/ou predomínio de uma classe média. Isto tudo, no pensamento do autor, favoreceria uma melhor vida em sociedade e promoveria a própria ideia de bondade<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> VILE, M. J. C. *Constitutionalismo y separación de poderes*. Tradução espanhola de Constitutionalism and Separation of powers. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 23 e 24.

<sup>136</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 33.

<sup>137</sup> Nessa linha Gaetano Silvestri afirma que “Nel pensiero del filoso di stagira la molteplicità dei fattori costitutive dello stato ne fonda il concetto. Vi è stato dove vi è molteplicità; la riduzione ad unitá elimina lo stato” In SILVESTRI, Gaetano. *La Separazione dei poteri*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1979. p. 11. <sup>16</sup> Nesse sentido Gaetano Silvestri: “Dopo aver riconosciuto che lo stato non può esistere senza la collaborazione dei diversi elementi, Aristotele, nel tracciare le linee di una costituzione ottimale (...)”. Gaetano Silvestri considera ainda que nessa defesa ou descrição da melhor constituição Aristóteles leva mais em conta o princípio democrático do que o oligárquico dizendo que o filósofo grego “(...) si ispira piú al principio democrático che a quello oligarchico e risolve questa collaborazione nell principio di maggioranza”. *Ibid.*, p. 12.

<sup>138</sup> E ao defender essa mistura, dentro de uma ideia de constituição mista, Aristóteles afirma: “Quanto mais misturado estiverem às partes de um regime, mais duradouro ele será (...)”. ARISTÓTELES. *Política*, p. 319, 1297-a.

<sup>139</sup> Cf., SILVESTRI, Gaetano. *Op. cit.*, p. 12 e 13.

De tal modo, essencialmente, tendo em conta concepções modernas, pode-se dizer que, ainda de forma um tanto rudimentar, Aristóteles trata indiretamente da ideia de que da participação e mistura de forças antagônicas no exercício do poder político se conseguiria um equilíbrio e balanceamento dentro do Estado, evitando-se assim que uma das classes sociais se sobrepusesse as outras<sup>140</sup>.

Destarte, o Estagirista em sua análise descritiva expõe que todas as formas de constituição apresentam três “partes”: 1ª) Deliberativa; 2ª) Magistratura; 3ª) Judiciária<sup>141</sup>.

Sobre as funções dessas “três partes”, de forma bastante sintética<sup>142</sup>, a primeira se refere à “deliberação sobre os temas que dizem respeito à comunidade”<sup>143</sup>, competindo-lhe decidir sobre assuntos relacionados a guerra e a paz, inclusive no tocante as alianças e pactos; escolhas para cargos das magistraturas; fiscalização das contas públicas e etc<sup>144</sup>.

Em relação à magistratura<sup>145</sup>, esta se afigura ao poder que hoje é conhecido como Executivo. Apresenta-se como um poder de mando/comando, com funções governamentais. No entanto, nem todas as funções de executar ou fazer/realizar algo podem ser incluídas nesta parte. Nesse sentido, Aristóteles expõe que: “O nome de magistratura deve ser reservado em termos mais próprios e absolutos, de julgar e de exercer um poder efectivo, e de um modo especial para este último aspecto, porque mandar é aquilo que mais se coaduna com a função de governar”<sup>25</sup>.

---

<sup>140</sup> É o que se pode entender em: ARISTÓTELES. *Op. cit.*, p. 301-345, 1294a – 1309a.

<sup>141</sup> Aristóteles cita as três partes da seguinte forma: “Uma dessas três formas relaciona-se com a deliberação sobre assuntos que dizem respeito à comunidade. A segunda é a que se refere às magistraturas (ou seja, por um lado, quais as magistraturas e sobre que assuntos devem ter autoridade; por outro, de que modo se deve proceder à sua eleição). A terceira parte é a que respeita ao exercício da justiça”. *Ibid.*, p. 325, 1298a.

<sup>142</sup> Dessa forma é feito por não ser o objetivo do presente trabalho um estudo detalhado e aprofundado sobre a concepção Aristoteliana, em tudo que esteja relacionado à separação dos poderes. Assim, e até pela complexidade e larga quantidade de informações em *Política*, trazer as descrições das “partes” e suas funções de forma pormenorizada poderia desviar o caminho que se pretende trilhar e dificultar a compreensão, ao invés de facilitar. Para todos os efeitos, vale dizer que a descrição das funções dessas “partes” pode ser encontrada em alguns trechos da obra *Política*, principalmente - e de forma mais específica - no Livro IV, 1298a – 1301a. *In Ibid.*

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 325, 1298a.

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> Para um melhor entendimento sobre a divisão das magistraturas, prazo de vigência, autoridades que dispõem, como devem ser eleitas e etc. conferir: *Ibid.*, p. 331-341, 1298b-1300b. <sup>25</sup> *Ibid.*, p. 333, 1299a.

Já no que diz respeito à terceira e última parte, como o próprio nome sugere, ela se refere ao exercício da função que hoje é conhecida como jurisdicional<sup>146</sup>. Na sua obra, Aristóteles descreve e trata de onde provêm os juízes, quais os modos de nomeação e quais atribuições exercem, citando oito espécies de tribunais – cada um com uma função que são: tribunal para fiscalização das verbas públicas; tribunal para tratar de atentados à comunidade; tribunal para tratar dos delitos à integridade da constituição; tribunal para conflitos entre magistrados e privados em questões de multas; tribunal para as questões que envolvessem contratos particulares de grande amplitude; tribunal para casos de homicídio; tribunal para conflitos entre estrangeiro e estrangeiro; e tribunal para conflitos surgidos entre estrangeiros e cidadãos<sup>27</sup>.

Por fim, deve ser dito que apesar de se ter que reconhecer algumas contribuições dessas teorias, em especial o que produziu Aristóteles, mesmo este autor não deve ser considerado o “nome” ou o “pai” da doutrina da separação dos poderes. Isto por não ter ele arquitetado tal teoria ou princípio e nem se preocupado propriamente com a relação entre os poderes. Pelo que parece, não era isso que o filósofo de Estagira conscientemente pretendia, seu objetivo era mais realizar uma síntese descritiva das partes e funções dos órgãos do seu tempo, o que bem fez<sup>147</sup>.

### 1.2.3 Separação dos poderes em John Locke

No século XVII, viu-se que o tema que dá título ao presente capítulo começou a ser tratado com maior acuidade. Nessa esteira, dando sequência à exposição das contribuições para tal teoria, cumpre abordar as concepções e teorizações do inglês John Locke, que depois de Montesquieu talvez seja o autor que mais colaborou para a ideia de separação dos poderes que viria a servir de base para o Estado Constitucional Moderno.

Nos ensinamentos de Locke, já é possível identificar alguns contornos acerca da divisão dos poderes, por isso ele pode ser considerado antecedente ou origem próxima da teoria desenvolvida por Montesquieu. Destarte, vê-se que a proposta de estruturação do estado e de separação dos poderes que Locke traz em sua obra tem como base, justamente, a harmonização e consecução de alguns factores e/ou objetivos; caberia ao Estado através do desempenho de funções e da sua estrutura organizatória-funcional resolver os conflitos que surgirem na sociedade para que assim se garanta a segurança, a propriedade e a liberdade<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> Em relação parte judicial, conferir: *Ibid.*, p. 341-345, 1300b e 1301a.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 343, 1300b.

<sup>147</sup> BASSI, Franco. *Il Principio della Separazione dei Poteri (Evoluzione Problematica)*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, anno XV, 1965. p. 23.

<sup>148</sup> Neste sentido, PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 67 e 68.

Segundo Canotilho, para o filósofo inglês,

“Não bastava, porém, um olhar funcional. Era necessário o suporte *institucional*, ou seja, os ‘poderes’ ou ‘órgãos’ primariamente responsáveis por tais funções. O Parlamento – ele próprio ‘dividido’ em ou ‘composto’ por duas câmaras – constituía o ‘*supreme power*’ fundamentalmente baseado na sua função legislativa (mas não só), enquanto a Coroa soberana pontificava no ‘governo’, ‘administração’ e ‘tribunais’ funcionalmente competentes para o desempenho das funções executiva, federativa e prerrogativa.”<sup>149</sup>

Tratando de algumas especificidades no que se refere aos “níveis”<sup>150</sup> funcional e institucional da estruturação de Locke, começando-se por ideias relacionadas ao poder.

Legislativo, observa-se que para o autor inglês “O grande objetivo dos homens quando entram em sociedade é desfrutar de sua propriedade pacificamente e sem riscos, e o principal instrumento e os meios de que se servem são as leis estabelecidas nesta sociedade”<sup>151</sup>. Assim, ele defende que “A primeira lei fundamental de todas as comunidades políticas é o estabelecimento do poder legislativo”<sup>152</sup>. Estabelecido o Poder Legislativo, cumpre a ele a criação das leis, que devem ser dotadas de abstração e generalidade, serem fixas e estabelecidas<sup>153</sup>. Essas características da lei são entendidas como instrumento de igualdade jurídica que se sobrepõe a igualdade social<sup>154</sup>.

Ainda sobre o poder de legislar, o filósofo inglês afirma que o legislativo não pode transferir ou entregar seu poder para outros e nem depositá-lo em mãos que não aquelas que receberam a confiança do povo<sup>155</sup>, o que constitui uma tentativa de evitar que

---

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 580 e 581.

<sup>150</sup> Cf. *Ibid.*, p. 580. Canotilho fala nos três níveis em que está estruturada a teoria de Locke, que são: Funcional, Institucional e Social. O nível funcional se refere às funções/poderes, o institucional aos órgãos responsáveis por desempenhar as funções e o social diz respeito à distribuição das forças sociais nos diferentes órgãos e funções.

Essa divisão em “níveis” que Canotilho apresenta é baseada em painel esquemático de Winfried Steffani, *Pluralistische Dekratie*, Opladen, 1980, p. 121.

<sup>151</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado Sobre o Governo Civil*, parag. 134, p. 162.

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> *Ibid.*, parag. 142, p. 168.

<sup>154</sup> Cf. SILVESTRI, Gaetano. *La Separazione dei poteri*, p. 256.

<sup>155</sup> LOCKE, John. *Op. cit.*, parag. 142, 4º, p. 169. <sup>46</sup>  
*Ibid.*, parag. 150, p. 174.



as competências do *supreme power* possam ser por algum motivo desvirtuadas para outro órgão/poder.

Conforme já adiantado, o mencionado autor, versando sobre a hierarquia entre os poderes, apresenta o Poder Legislativo como poder supremo, afirmando que:

“Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo(...)”<sup>46</sup>.

Locke não deixa de estabelecer, contudo, limites à actuação do poder legislativo. O poder legislativo é para ele um poder supremo, mas “fiduciário”, que encontra limites em determinados fins, permanecendo no povo um poder de destituir ou alterar o legislativo quando considerar que esse poder praticou acto contrário à confiança que nele foi depositada<sup>156</sup>. Assim, conservar-se-ia o direito da comunidade de se salvaguardar contra intenções de preparar e desenvolver projetos contrários as suas liberdades e propriedades, mesmo que essas acções tenham sido tomadas pelo poder legislativo<sup>157</sup>.

Ademais, para que o Legislativo não agisse de forma arbitrária, o filósofo inglês defendia que a actuação deste deveria se limitar a aprovar leis gerais e não poderia funcionar de maneira constante e ininterrupta. Mais além, o Legislativo não poderia assumir um poder de governar por meio de decretos circunstanciais, improvisados e arbitrários, ou resoluções sem fundamento, estando obrigado a promulgar leis estáveis que fossem aplicadas por juízes reconhecidos e autorizados<sup>158</sup>.

Dessa forma, não convém afirmar que o objetivo de Locke ao defender o Parlamento como *supreme power* seria deixar esse poder livre de quaisquer limites, com uma actuação que pudesse se sobrepor aos demais poderes, com o direito de fazer o que bem entender.<sup>159</sup> Ao contrário, pode-se dizer que na verdade o autor inglês temia que o legislativo avocasse mais funções ou competências do que as que deveria ter que eram à

---

<sup>156</sup> *Ibid.* parag. 149, p. 173.

<sup>157</sup> *Ibid.*

<sup>158</sup> É o que se extrai em LOCKE, John. *Dois tratados Sobre o Governo Civil*, parag. 136-138, 141-143, 153, 156, p. 164-166, 168-170, 175, 177. Ver também VILE, M.J.C. *Op. cit.*, p. 69. <sup>53</sup> VILE, M.J.C. *Op. cit.*, p. 71.

<sup>159</sup> Neste sentido é a afirmação de Vile "(...) Con la expresión ‘supremacía legislativa’, Locke no se refería em absoluto a que el cuerpo legislativo tuviera derecho a hacer lo que le viniera en gana, de la manera en que le viniera en gana.". *Ibid.*

razão de ser da sua instituição no governo civil, e terminasse por se tornar tirano, assim como acontece quando muitas ou todas funções recaem na mãos do Poder executivo.

Por essa composição do poder legislativo verifica-se que a doutrina política da separação dos poderes de Locke procura estabelecer também uma limitação de cunho político e social dentro do parlamento, podendo afirmar-se que o balanceamento de sua teoria da separação dos poderes advém sobremaneira do interior desse órgão ou poder<sup>160</sup>. Nessa linha, a proposição do referido autor é considerada uma teoria que busca um equilíbrio de caráter intraorgânico<sup>161</sup>, e é nesse sentido que Nuno Piçarra afirma: "Por isso, factores equilibrantes ou limitativos são apenas as três 'partes do poder legislativo' ou os seus três 'órgãos parciais'"<sup>59</sup>.

Em relação ao poder executivo, a necessidade que esse poder existisse decorria da argumentação de Locke de que para se conseguir a aplicação imparcial da lei é preciso que os homens que a fazem não sejam os mesmos que irão aplicá-la, pois se as mesmas pessoas que fazem as leis fossem as que aplicassem elas poderiam adequar a lei à sua vontade, no momento de criação ou de execução, e poderiam se esquivar do dever de obediência às leis<sup>162</sup>.

Em outras palavras, o autor dos *Dois Tratados* considera essencial impedir que o legislativo execute as leis, e aí chega ao cerne do tema da separação dos poderes, defendendo que para execução das leis exista um poder diferente<sup>163</sup>.

Dessa forma, o poder executivo é estabelecido como aquele competente para executar as leis internamente no Estado<sup>164</sup>. E, por um motivo de ordem pragmática, a conduzir a uma separação orgânico-pessoal entre poder executivo e poder legislativo<sup>165</sup>, deve o executivo actuar de forma permanente para que a execução das leis seja

---

<sup>160</sup> É o que em outras palavras encontra-se em: PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 78.

<sup>161</sup> Analisando as lições de Locke, Nuno Piçarra afirma ainda sobre esse ponto que: "É isto que o distingue dos Republicanos, que apenas admitiam limites extra-estaduais ao poder da assembleia legislativa, e que o aproxima de Bolingbroke, de Montesquieu e dos constituintes norte-americanos. Todos estes se concentrarão, todavia, em limites internos de tipo interorgânico.". *Ibid.*, p. 78. <sup>59</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>162</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado Sobre o Governo Civil*, parag. 143, p. 170.

<sup>163</sup> Sobre esse aspecto Nuno Piçarra afirma que "Locke retoma aqui, claramente, a versão originária da doutrina da separação dos poderes, que a concebia como um pré-requisito da *rule of law*. para que a lei seja imparcialmente aplicada é necessário que não sejam os mesmos homens que a fazem, a aplicá-la". *In* PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 71.

<sup>164</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado Sobre o Governo Civil*, parag. 147, p. 171.

<sup>165</sup> Cf. PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 72.

assegurada na medida em que são feitas e durante o período de sua vigência, já que as leis permanecem em vigor de maneira contínua e constante<sup>166</sup>.

Por último, Locke trata do poder de prerrogativa, que consiste em um “poder de agir discricionariamente em vista do bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele (...)”<sup>167</sup>. Devido à impossibilidade de o legislativo prever e prover leis para todos os acontecimentos possíveis fica o poder de prerrogativa com competência para tratar de situações excepcionais e sem previsão, e da mesma forma que o poder executivo e federativo o poder de prerrogativa ficaria confiado ao Rei<sup>168-169</sup>.

Importa registrar também que Locke não constituiu um poder judiciário ou jurisdicional, ficando tal função a cargo do poder executivo<sup>170</sup>, como executor das leis. Esse fato é justamente uma das principais críticas que se faz a estruturação do Estado de Locke, no sentido de que a ausência do poder judicial autônomo consistiria um limite conceitual e estrutural da sua doutrina<sup>171</sup>. Apesar dessa crítica, no geral, a estruturação de Locke além de ser apontada como uma “origem próxima”<sup>79</sup> do princípio da separação dos poderes é considerada uma das mais importantes contribuições para o desenvolvimento por Montesquieu da sua teoria da separação dos poderes<sup>172</sup>.

#### **1.2.4 A teoria da separação dos poderes em Montesquieu**

Em sequência, passa-se ao momento de se abordar as principais ideias da teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu, na sua obra “*O Espírito das Leis*”, especialmente o que escreveu este autor no Capítulo VI (Da Constituição da Inglaterra) do Livro XI.

Inicialmente, cumpre trazer algumas ideias básicas que norteiam a teoria apresentada por Montesquieu e que estão relacionadas com alguns dos seus motivos e objetivos. Isto é feito numa tentativa de oferecer subsídios para uma melhor compreensão das proposições quanto à estruturação do Estado apresentadas na obra do referido jurista francês.

---

<sup>166</sup> LOCKE, John. *Op. cit.*, par. 144 e 153, p. 170 e 175.

<sup>167</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado Sobre o Governo Civil*, par. 160, p. 182.

<sup>168</sup> *Ibid.*

<sup>169</sup> PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.* p. 74.

<sup>170</sup> É o que se subentende do que explica Locke. *In Ibid.* par. 88, p. 133.

<sup>171</sup> SILVESTRI, Gaetano. *La Separazione dei poteri*, p. 259, nota de rodapé 108.

<sup>79</sup> PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>172</sup> Sobre esse ponto: *Ibid.*, p. 61,62 e 78.

Então, começa-se por dizer que as ideias e a obra de Montesquieu receberam não só a influência de Bolingbroke, mas também de Locke – em especial – e de outros autores ingleses, com os quais o filósofo francês teria convivido ou tomado conhecimento das obras, escritos e ensinamentos, inclusive, no período em que esteve residindo na Inglaterra<sup>173</sup>.

Além disso, vale mencionar também que as ideias de Montesquieu estão envoltas por certo “pessimismo antropológico”<sup>174</sup>, fato que encontra fundamento na realidade histórica do seu tempo e que também estava presente nos pensamentos de Locke. Esse pessimismo antropológico se vê, por exemplo, no sempre citado trecho de “*O Espírito das Leis*”: “Trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar”<sup>175</sup>.

Em relação à ideia de liberdade defendida por Montesquieu, Nuno Piçarra afirma que ela decorre de uma concepção da *rule of law*, nega a liberdade natural e reporta a liberdade do homem à lei, ou seja, uma ideia intimamente ligada à de legalidade, sendo ou podendo ser considerada, portanto, uma “liberdade normativa”<sup>176</sup>. Com isso, pode-se dizer que a proeminência da lei é o cerne ou uma “marca registrada” da teoria da separação dos poderes de Montesquieu. Tais afirmações decorrem e se confirmam quando o referido autor afirma que:

“Liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder. (...) Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite.”<sup>177</sup>.

Nessa linha, para que se possa evitar o abuso de poder, de modo a garantir margem de liberdade para a sociedade, seria necessário construir um sistema onde a liberdade não fosse apenas proclamada abstratamente, mas também concretamente

---

<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> Cf. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 90.

<sup>175</sup> Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*, Cap. IV, Livro XI, p. 166.

<sup>176</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 90.

<sup>177</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*, Cap. III, Livro XI, p. 166 e Cap. IV, Livro XI, p. 166 e 167. <sup>104</sup> Cf. Neste sentido Silvestri afirma: “Se la libertà è intimamente connessa con la legalità è necessario costruire un sistema in cui la prima non sia solo astrattamente proclamata, ma anche concretamente garantita.”.

SILVESTRI, Gaetano. *La Separazione dei poteri*, p. 286

garantida<sup>104</sup>. E para que isso fosse possível Montesquieu afirmara: "(...) É preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder."<sup>178</sup>.

Feitas essas primeiras considerações sobre as ideias que norteiam os ensinamentos de Montesquieu no tocante à separação dos poderes, passa-se a expor de forma mais específica como o filósofo francês entendia que deveria ser a organização e/ou estruturação dos poderes do Estado, como deveria ser a separação dos poderes mais concretamente.

Pois bem, da leitura do Capítulo VI do Livro XI do *Espírito das Leis*, percebe-se que logo no início Montesquieu fala da existência de dois tipos de poder, "o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil."<sup>179</sup>. É interessante observar que o referido trecho, isoladamente, faz surgir alguma dúvida quanto ao que e quais seriam na verdade os poderes existentes, e aparentemente seria um ponto de clara aproximação entre as ideias de Montesquieu e as ideias de Locke, que tinha na dicotomia executivo-legislativo um dos pontos centrais da sua teoria. Todavia, essa não é a melhor interpretação da teoria desenvolvida por Montesquieu.

O autor de "*O Espírito das Leis*" defende na verdade uma teoria tripartite, onde constam os poderes legislativo, executivo e judicial (ou de julgar), devendo cada um se ocupar das suas funções com uma larga independência e onde uma pessoa estando a cargo de um poder não deveria ocupar lugar nos outros<sup>180</sup>. Argumentava o autor francês que a falta de separação/divisão entre esses poderes ocasionaria o cerceamento ou não existência de liberdade, uma facilidade e tendência ao abuso de poder. Isso se torna claro em alguns trechos da já referida obra, especialmente quando Montesquieu começa a explicar as matérias que esses poderes devem se dedicar e quando começa a defender a divisão/separação dos poderes do Estado<sup>181</sup>.

Ademais, além de defender a nível funcional uma divisão em executivo, legislativo e judicial, Montesquieu distingue a nível institucional o Parlamento, o Governo e os Tribunais, e ainda, a nível sócio-estrutural, se refere à Coroa, ao clero e à nobreza e

---

<sup>178</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Op. cit.*, Cap. IV, Livro XI, p. 166. <sup>106</sup>  
SILVESTRI, Gaetano. *Op. cit.*, p. 287.

<sup>179</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Op. cit.*, Cap. VI, Livro XI, p. 167 e 168.

<sup>180</sup> VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 101 e 102.

<sup>181</sup> Dentre os trechos que parecem mais esclarecedores e caracterizadores da teoria tripartite de Montesquieu, da existência dos poderes legislativo, executivo e judicial e da necessidade de separação/divisão orgânica-funcional particulares". In MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*, Cap. VI, Livro XI, p. 168.

ao povo<sup>182</sup>. Em outras palavras, se dedica a descrever não somente uma estruturação orgânica funcional, mas também se preocupa de forma menos acentuada com a harmonização as forças sociais e políticas existentes na sociedade.

Na teoria do filósofo francês, o poder legislativo representa a “vontade geral do estado”<sup>183</sup> e “traduz-se no poder de fazer as leis, por um certo tempo ou para sempre, e de corrigir ou ab-rogar as que estão feitas”<sup>184</sup>. Este poder está confiado ao parlamento.

Além disso, Montesquieu defendeu que não seria bom que o poder legislativo passasse muito tempo sem se reunir, pois correria o risco de que na ausência de leis e resoluções do legislativo o Estado caísse em anarquia ou o poder executivo assumisse o papel do legislativo, tornando-se absoluto. Seria prejudicial, da mesma forma, que o Legislativo estivesse sempre reunido, pois isso atrapalharia o executivo, que poderia ter de deixar de executar as leis para defender suas prerrogativas junto ao legislativo<sup>185</sup>.

Em relação ao poder executivo, Montesquieu afirma ser ele a “execução da vontade geral do Estado”<sup>119</sup>, cabendo-lhe a execução das leis e das resoluções públicas internamente e externamente.

O jus-filósofo francês estabelece também algumas regras que devem ser observadas na relação entre Executivo e Legislativo, instrumentos que visam uma coordenação ou interdependência entre esses dois poderes e que estão relacionadas com a noção de freios e contrapesos.

Segundo Montesquieu, o poder executivo deveria participar da legislação apenas para defender suas prerrogativas, pois, se assim não o fosse, poderia o poder legislativo avocar para si todos os poderes e anular os outros. Todavia, o executivo possuiria somente uma “faculdade de impedir”<sup>186</sup>, não deveria então o monarca participar

---

<sup>182</sup> Nas palavras de Canotilho: “Tal como Locke, a doutrina da divisão dos poderes de Montesquieu (1689-1755) distingue, a nível funcional, vários poderes, mas opta por uma divisão tripartida: legislativo, executivo e judicial. A nível institucional distingue entre Parlamento, Governo e Tribunais. No plano sócio-estrutural, Montesquieu refere a Coroa, o clero e nobreza e o povo (“le peuple”).” In CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 581.

<sup>183</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*, Cap. VI, Livro XI, p. 169.

<sup>184</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 91.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 173. <sup>119</sup>  
*Ibid.*, p. 169.

<sup>186</sup> Montesquieu diferencia em determinado ponto de sua obra a “Faculdade de Impedir” e a “Faculdade de Estatuir”. A primeira seria “o direito de anular uma resolução tomada por outrem”, sendo necessário que quem possua essa faculdade “tenha também o direito de aprovar, no entanto, esta aprovação não é mais do que uma declaração de que ele não faz uso da faculdade de impedir e deriva desta faculdade”. Já a segunda seria “o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem.” *Ibid.*

da legislação com um poder de decidir, pois se isso ocorresse não existiria liberdade<sup>187</sup>. Essa seria uma forma de fazer com que o executivo se ocupasse primordialmente da sua função de executar, tivesse independência, e ao mesmo tempo possuísse em mãos um instrumento para evitar que o legislativo excedesse os limites de suas competências.

Já em relação ao legislativo, não seria necessário que esse poder tivesse uma faculdade de limitar o poder executivo, pois a função executiva, por ser vinculada à lei, já é limitada por natureza, e é exercida sobre coisas momentâneas. Mas, apesar de o poder legislativo não ter um instrumento direto para frear o executivo, ele teria o direito e o dever de “fiscalizar” a forma com que estariam sendo executadas as leis que criou<sup>188</sup>.

Como se vê, o facto de Montesquieu dotar o poder legislativo de um instrumento de freio de força relativamente menor (do que a faculdade de impedir do poder executivo) se explica na própria sistemática da teoria do autor francês, em que a competência maior do legislativo que é a de criar as leis já serve como instrumento de limitação e freio ao poder executivo, e, assim, a atribuição de mais um instrumento de “freio” poderia prejudicar a independência que deve ter este poder.

Além desses aspectos, Montesquieu tratou ainda de como o poder legislativo poderia “responsabilizar” o poder executivo, advogando que o corpo legislativo não deveria ter o poder de julgar a pessoa e a conduta daquele que executa (o monarca, pessoa sagrada), porque tal poder deixaria margem para que o legislativo se tornasse tirânico. Já em se tratando dos ministros, estes poderiam ser procurados e punidos, sendo-lhes transferida a responsabilidade pela má execução das leis porque “aquele que executa não pode executar mal sem ter maus conselheiros.”<sup>189</sup>.

Quando ao poder judicial, competente para “castigar os crimes, ou julgar as querelas entre particulares”<sup>190</sup>, Montesquieu defende que na maioria dos casos ele precisa ser exercido por pessoas do povo e não por profissionais, e deve ser realizado respeitando

---

<sup>187</sup> Mais precisamente Montesquieu afirma: “O poder executivo, como já dissemos, deve participar da legislação com sua faculdade de impedir, sem o que ele seria logo despojado de suas prerrogativas. (...) Se o monarca participasse da legislação com poder de decidir, não haveria mais liberdade. Mas, como é necessário, no entanto, que participe da legislação para se defender, é preciso que torne parte nela com a faculdade de impedir.” *Ibid.*, p. 173-175.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>189</sup> *Ibid.*

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 168.

o que a lei prescreve. Esses factores seriam fundamentais para que o poder de julgar fosse invisível e nulo, como era/deveria ser na opinião do jus-filósofo francês<sup>191</sup>.

Montesquieu defendia também que “Os julgamentos devem ser fixos a ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei.”<sup>129</sup>. É nessa linha que ele faz a celebre afirmação de que os juízes não são nada mais do que “a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”<sup>192</sup>.

Assim, apesar de o autor do *Espírito das Leis* defender que o poder judicial deveria ter independência orgânica e pessoal em relação aos outros poderes, ele esquematizava a actuação desse poder com um elevado grau de vinculação à lei, devendo o juiz desempenhar uma função mecânica, lógico-formal, sem nenhum grau de criatividade, apenas devendo reproduzir o que já teria sido decidido pelo legislador ao elaborar o texto legal<sup>193</sup>.

Já no fim do célebre Capítulo VI do Livro XI, vê-se também que Montesquieu talvez numa tentativa de se antecipar às críticas de que uma separação/divisão dificultaria o desenvolvimento das actividades do Estado e prejudicaria sua eficiência acredita que, com a construção teórica que propõe, todos os “poderes” desenvolveriam naturalmente suas funções, de forma eficaz e harmônica. Isso porque, do conjunto da construção do jus-filósofo francês da independência que deve ter o poder judiciário, juntamente com o fato de o corpo legislativo ser composto por duas partes, que estariam presas uma a outra pela sua faculdade de impedir e pelos seus interesses, e que, da mesma forma, se prenderiam ao poder executivo, e este, por sua vez, preso ao poder legislativo –, os poderes que deveriam estar em repouso são obrigados a actuar e actuam concertadamente<sup>194</sup>. Em outras palavras, descartando a possibilidade de a separação deixar os poderes em estado de inatividade, Montesquieu defende que essa estruturação serviria de incentivo para que os membros de cada poder entrassem em acordo e tomassem decisões correctas e moderadas.

---

<sup>191</sup> Nas palavras de Montesquieu: “O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer. (...) desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo.”. *Ibid.*, p. 169. <sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 175.

<sup>193</sup> Cf. PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 96 e 97.

<sup>194</sup> Sobre a “atuação em concerto” dos poderes legislativo e executivo Cf., MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*, p. 176.



Outro factor que merece destaque em relação aos ensinamentos de Montesquieu, é que este autor apresenta as “funções” de uma maneira mais actual, de uma forma que mesmo ainda influenciado pelo vocabulário do seu tempo ele usa um vocabulário e emprega esses termos de uma forma semelhante a que conhecemos actualmente<sup>134</sup>.

Assim sendo, vale dizer que apesar das opiniões de que Montesquieu não mais teria feito do que sistematizar melhor ideias apresentadas e trabalhadas anteriormente, em especial pelos autores ingleses, não há como negar a importância que assumiu a teoria desse autor para o futuro, a ponto de, como se sabe, até hoje, sempre que se fala de separação dos poderes ser feita uma remissão ao nome e a obra de Montesquieu<sup>195</sup>. E, como consequência da importância ou talvez, como causa da importância que ganhou, sua teoria serviu como fonte de debate e inspiração para a assembleia nacional francesa de 1789<sup>196</sup>, que consagrou a separação dos poderes no artigo 16 da declaração de direitos do mesmo ano. Declaração esta de grande importância para que a separação dos poderes se difundisse como princípio constitucional e fosse consagrada em Constituições de inúmeros países, sendo visto como pilar e critério universal do Estado Constitucional Moderno<sup>137</sup>.

### **1.2.5 A teoria da separação dos poderes nos Estados Unidos da América, numa perspectiva do estudo comparado, caso Angola**

Em sequência, cabe escrever algumas linhas, fazendo uma síntese do tratamento inicial dado à separação dos poderes nos Estados Unidos da América, abordando ideias gerais sobre o sistema norte-americano e outras específicas que dizem respeito às contribuições de Madison, Hamilton e Jay nos artigos Federalistas, que serviram como meio de difusão/justificação e fonte de inspiração para o estabelecimento e desenvolvimento de vários aspectos e elementos do modelo de estruturação do Estado adoptado na Constituição Norte Americana de 1787 e seu posterior desenvolvimento. Inicialmente, cumpre notar que os norte-americanos foram responsáveis pela primeira Constituição escrita e deram uma considerável contribuição no campo da separação dos poderes e no que diz respeito à forma que esses poderes devem actuar, inovando em

<sup>195</sup> Nesse sentido, VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, p. 85; URBANO, Maria

Benedita. *The Law of Judges: Attempting Against Montesquieu's Legacy or a New Configuration for an Old Principle? In* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXXVI (p. 621-638). 2010. p. 621.

<sup>196</sup> Vale ressaltar que as ideias de Montesquieu não foram acolhidas em sua totalidade e também não eram unanimidade entre os membros da assembleia. Sobre a forma como as ideias de Montesquieu foram debatidas e eram vistas pela referida assembleia, Cf. DUGUIT, Léon. *La separación de poderes y la asamblea nacional de 1789*. Trad. Pablo Pérez Tremps. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996. p. 12-17. <sup>137</sup> VILE, M. J. C. *Op. cit.*, p. 108.

alguns aspectos, mas tendo como base, principalmente, as obras filosóficas, políticas e jurídicas existentes à época que tratavam dos problemas relacionados à distribuição, uso e mau uso do poder, sendo influenciados e tendo levado como base muitos esquemas doutrinários já conhecidos em Inglaterra e França, frutos de trabalhos de Locke e Bolingbroke, e em especial os de Montesquieu<sup>197</sup>.

Nessa linha, Jorge Miranda ensina que a organização política adoptada nos Estados Unidos da América inspira-se diretamente em Montesquieu, constando os três poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judicial. Todos eles com uma faculdade de estatuir, mas não só. Esses poderes podem também praticar actos não só inerentes as suas funções; podem interferir também em actos praticados pelos outros órgãos, contribuindo na produção dos efeitos dos actos praticados por estes ou impedindo essa produção de efeitos, ao se utilizarem de uma faculdade de impedir<sup>198-199</sup>.

### 1.2.6. Angola

Ao passo que no ordenamento jurídico angolano, em síntese diria que ainda reina a ideia da supremacia do poder executivo face aos demais poderes. A adopção dessa postura é motivada por um pessimismo antropológico<sup>200</sup> e também por um receio de que o executivo, mesmo eleito de forma democrática, no caso em Angola, se sobrepõe aos demais poderes, com opiniões segundo as quais utiliza-se de forma arbitrária o poder, visando um maior equilíbrio entre os três poderes é necessário defender um sistema baseado na presença de mecanismos de controle mútuo, ou freios e contrapesos<sup>201-202</sup>.

<sup>197</sup> Cf. VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *A separação dos poderes na Constituição Norte Americana*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 23-25. E também: MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 127

<sup>198</sup> Para explicações sobre as faculdades de estatuir e de impedir, Cf. *supra* nota de rodapé número 123.

<sup>199</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 136.

<sup>200</sup> Como se observa na seguinte afirmação nos artigos federalistas: "Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo (...)" In HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*, p. 318.

<sup>201</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 136 e 137.

<sup>202</sup> Alguns exemplos de trechos em que se advoga a necessidade dos mecanismos de controle mútuo, ou freios e contrapesos: "(...) Sem uma tal ligação que dê a cada um dos poderes o direito constitucional de fiscalizar os outros, o grau de separação, essencial à existência de um governo livre, não pode na pratica ser eficazmente mantido. (...) como todos os remédios exteriores são sem efeito, não há outro remédio possível senão traçar de tal maneira a construção do governo, que todas as suas diferentes partes possam reter-se umas às outras nos seus lugares respectivos. (...) Mas o verdadeiro meio de embaraçar que os diferentes poderes não se vão sucessivamente acumulando nas mesmas mãos, consiste em dar àqueles que os exercitam meios suficientes e interesse pessoal para resistir às usurpações. Nesse caso, como em todos os

Segundo Vasconcelos, "Através de controlos e recíprocas dependências pretendia-se exactamente dotar cada poder dos meios necessários para resistir às tentativas de intromissão (...)"<sup>147</sup>. Em tal sistema, quanto mais e melhor estiverem articulados todos os mecanismos de controle mais se tem sucesso na relação e equilíbrio entre os poderes.

Sendo mais importante o facto de que a ocupação dos poderes deve ocorrer na maior medida possível por processos eleitorais diferentes e sem relação entre si; deve cada poder ter vontade própria e o nível de influência de um poder sobre o outro ser o menor possível<sup>203</sup>.

Nos Estados Unidos o poder executivo, de acordo com o artigo 2º da Constituição Norte Americana, fica investido no Presidente e é eleito pelo povo para exercer um mandato de quatro anos de duração. Segundo Jorge Miranda, no sistema político *stricto sensu* norte americano verifica-se que na prática foram atribuídas ao Presidente, sobretudo, faculdades de impulsão ou iniciativa<sup>204</sup>.

Ao chefe do poder executivo também foi dado um instrumento de freio e contrapeso para actuar perante a legislatura. Como afirmara Tocqueville, analisando o poder executivo na Constituição Americana, o Presidente "Dispõe de um veto de suspensão ou, pelo menos, tem a possibilidade de travar, segundo a sua vontade, os movimentos daquela."<sup>205</sup>.

Escrevendo sobre a figura do presidente, o referido autor explica ainda que "Ele expõe as necessidades do país ao corpo legislativo e dá-lhe a conhecer os meios que julga

---

outros, os meios de defesa devem ser proporcionados aos perigos do ataque; é preciso opor ambição à ambição e travar de tal modo o interesse dos homens, com as obrigações que lhes impõem os direitos constitucionais dos seus cargos, que não possam ser ofendidas as últimas sem que o primeiro padeça." *In* HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Op. cit.*, nº. 47, p. 305; nº. 51, p. 317 e 318. Esses mecanismos de freios e contrapesos são descritos ao longo dos artigos federalistas, em especial nos capítulos XLVII à LI, com destaque para este último.<sup>147</sup> VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Op. cit.*, p. 25.

<sup>203</sup> Nesse sentido é o que consta nos artigos federalistas, na seguinte passagem: "Para manter a separação de poderes, que todos assentam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e, por consequência, que seja organizado de tal modo, que aqueles que o exercitam tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes. Isso suposto e admitida a necessidade da rigorosa observância desse princípio, é necessário que as nomeações para as supremas Magistraturas Legislativa, Executiva e Judiciária saiam do povo, que é a fonte primitiva de toda a autoridade, por meio de canais que não tenham entre si a mínima comunicação; e talvez que esse modo de organizar os diferentes poderes seja menos difícil do que à primeira vista parece.". HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Op. cit.*, nº. 51, p. 317.

<sup>204</sup> MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 138.

<sup>205</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *Op. cit.*, p. 126.

ser útil para os alcançar; é o executante natural dos seus desejos em todos os empreendimentos que interessem o conjunto da nação”<sup>206</sup>.

Já em relação ao poder judicial, o modelo e regras adotadas pelos Norte Americanos talvez tenham sido a contribuição mais considerável. Ao poder judicial foi dada uma autonomia como não vista antes, tornando-se tal poder a partir da Constituição de 1787<sup>207</sup> mais do que a “mera boca que pronuncia a lei”<sup>208</sup>. Assumiu o Poder Judicial um importante papel perante o Estado e os cidadãos, processo que pôde ser visto de forma mais acentuada já em 1803, no célebre caso *Marbury vs. Madison*, caso este em que pela primeira vez se colocou em prática a *judicial review* a nível judicial e que se tornou um importante acontecimento para o desenvolvimento do controle difuso de constitucionalidade e da própria jurisdição constitucional<sup>209</sup>.

Um dos autores que mais contribuíram para a autonomia e liberdade dadas ao poder judicial, e que forneceu uma fundamentação doutrinária para a implementação pela via jurisprudencial da *judicial review*, foi Alexander Hamilton. Nos artigos Federalistas, mais especificamente no número 78, Hamilton começa a defender um sistema baseado nesses elementos, partindo da ideia de que o judiciário, em governos em que os poderes estejam devidamente separados e pela natureza das suas funções, é o poder que menos se deve temer, pois é o que menos meios tem para atacar a Constituição<sup>210</sup>. O referido autor segue seu raciocínio defendendo a independência dos tribunais e afirmando a necessidade de impor algumas restrições ao Poder Legislativo, o que não se alcançaria de outra forma que não fosse através dos tribunais de justiça, que teriam o dever de declarar nulo todos os actos que fossem manifestamente contrários ao que estabelece a Constituição<sup>211</sup>. Em

---

<sup>206</sup> *Ibid.*

<sup>207</sup> E também pelas discussões que a antecederam, como pelo que Hamilton escreveu e defendeu, por exemplo, nos artigos federalistas, mais especificamente no nº 78.

<sup>208</sup> Cf. *supra*, nota de rodapé número 130.

<sup>209</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 134 e 135.

<sup>210</sup> “Quem considerar com atenção os diferentes poderes deve reconhecer que, nos governos em que eles estão bem separados, o Poder Judiciário, pela natureza de suas funções, é o menos temível para a Constituição, porque é o que menos meios tem para atacá-la.” In HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O*

*Federalista*, n.º 78, p. 458.

<sup>211</sup> “A independência rigorosa dos tribunais é particularmente essencial em uma Constituição Limitada; quero dizer, em uma Constituição que limita a alguns aspectos a autoridade legislativa, proibindo-lhe, por exemplo, fazer passar *bills of attainder* e decretos de proscricção, leis retroativas ou coisas semelhantes. Restrições desta ordem não podem ser mantidas na prática, senão por meio dos tribunais de justiça, cujo dever é declarar nulos todos os atos manifestamente contrários aos termos da Constituição. Sem isso, ficariam absolutamente sem efeitos quaisquer reservas de direitos e privilégios particulares.”. *Ibid.*, p. 459.

seguida, Hamilton defende a superioridade da Constituição e certa vinculação também do legislador, afirmando que "Todo acto de uma autoridade delegada contrário aos termos da Constituição é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o acto do corpo legislativo, contrário à Constituição, não poder ter validade"<sup>212</sup>.

Numa linha de afastamento dos tribunais e dos juízes de uma função puramente mecânica e indo ao encontro de uma concepção de Constituição como lei fundamental, Hamilton defende como função essencial a possibilidade de os juízes interpretarem e ainda de determinarem o sentido da Constituição. Mais precisamente, ele afirma que:

"A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como lei fundamental; e como a interpretação da lei é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como o de todos os outros actos do corpo legislativo."<sup>213</sup>.

Contudo, ainda segundo o autor norte-americano, isso não significa que o Poder Judiciário é superior ao Poder Legislativo. Significa que os juízes devem obediência à Constituição, e, quando for o caso de se depararem diante de uma querela entre a lei fundamental e outras que não o são, devem decidir dando preferência à lei fundamental, respeitando a vontade do povo em detrimento de uma vontade do legislador que desrespeite o texto constitucional<sup>163</sup>.

Dentro desse contexto, em que o Poder Judicial goza de liberdade de interpretar e determinar o sentido do texto constitucional, todavia, limitado pela própria Constituição que também exige um compromisso de respeito tanto por parte do Poder Legislativo dos próprios cidadãos.

## **2.2. O modo de actuação dos três Poderes**

A República de Angola é um Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos a soberania popular, o primado da Constituição e da lei, a separação de

---

<sup>212</sup> *Ibid.* Hamilton afirma ainda que "Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representa; ou aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem." *Ibid.*

<sup>213</sup> *Ibid.*, n.º 78, p. 460. <sup>163</sup> Nas palavras de Hamilton: "Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada em seus estatutos, está em oposição ao do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer; por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são." *Ibid.*

poderes e interdependência de funções, a unidade nacional, o pluralismo de expressão e de organização política e a democracia representativa e participativa.<sup>214</sup>

### **2.2.1. Poder Executivo**

O Poder Executivo se constitui do conjunto de órgãos e autoridades públicas que a Constituição atribui a função essencial de administrar o País, sendo o principal representante do Executivo o Presidente da República que desempenha o papel de Chefe de Estado e Governo.

O disposto no artigo 108.º da CRA diz claramente que o Presidente da República é o Chefe de Estado, o titular do Poder Executivo. Exerce o poder executivo, auxiliado por um Vice-Presidente, Ministros de Estado e Ministros. Os Ministros de Estado e os Ministros são auxiliados por Secretários de Estado e ou Vice-Ministros, se os houver. O Presidente da República promove e assegura a unidade nacional, a independência e a integridade territorial do País e representa a Nação no plano interno e internacional. O Presidente da República respeita e defende a Constituição, assegura o cumprimento das leis e dos acordos e tratados internacionais, promove e garante o regular funcionamento dos órgãos do Estado.<sup>215</sup>

No modo de actuação vê-se claramente, as linhas de execução deste órgão de soberania, o seu real papel que a constituição lhe garante e assegura, não deixando margens nem equívocos relativamente ao cumprimento das suas obrigações no seu modo de actuação.

### **2.2.2. Competência como Titular do Poder Executivo**

Compete ao Presidente da República, enquanto titular do Poder Executivo, enquanto titular do poder executivo, nos termos do disposto no artigo 120.º da CRA:

a) Definir a orientação política do país, nos termos da Constituição; b) Dirigir a política geral de governação do País e da Administração pública; c) Submeter à Assembleia Nacional a proposta de Orçamento Geral do Estado; d) Dirigir os serviços e a actividade da Administração directa do Estado, civil e militar, superintender a Administração indirecta e exercer a tutela sobre a Administração autónoma; e) Definir a orgânica e estabelecer a composição do Poder Executivo; f) Estabelecer o número e a designação dos Ministros de Estado, Ministros, Secretários de Estado e Vice-Ministros; g) Definir a orgânica dos Ministérios e aprovar o regimento do Conselho de Ministros; h) Solicitar à Assembleia Nacional autorização legislativa, nos termos da presente Constituição; i) Exercer iniciativa

---

<sup>214</sup> Cf. art.º 2.º da CRA.

<sup>215</sup> Cf. n.º 1,2,3,4 e 5 do art.º 108.º da CRA.

legislativa, mediante propostas de lei apresentadas à Assembleia Nacional; j) Convocar e presidir às reuniões do Conselho de Ministros e fixar a sua agenda de trabalhos; k) Dirigir e orientar a acção do Vice-Presidente, dos Ministros de Estado e Ministros e dos Governadores de Província; l) Elaborar regulamentos necessários à boa execução das leis.<sup>216</sup>

Ainda há muito que se diga, sobre esse poder, que poderemos abordar com alguma profundidade no tema ligado as independências dos três poderes, sabe-se desde logo que as indagações são tantas a volta desta temática, por suscitar uma serie de questionamentos sobretudo no que concerne ao seu modo de actuação na política pública nacional. Como se pode ver, são grandes os problemas que o presidente concentra em suas mãos, mais não custa lembrar que para exerce-los numa democracia, é necessário ocorrer uma serie de negociações políticas entre o executivo e os demais poderes.

#### **2.2.4. Poder Legislativo**

A Assembleia Nacional é o parlamento da República de Angola, sendo um dos órgãos de soberania unicameral, é nos termos da lei fundamental, a assembleia representativa de todos os cidadãos angolanos, e exerce o poder legislativo do Estado.

A Assembleia Nacional é o órgão base do regime constitucional representativo, exprime, nas suas decisões a vontade e interesses de todos os cidadãos angolanos, nela estando representados todos os círculos eleitorais e a pluralidade das correntes políticas sujeitas a sufrágio que conseguiram representação parlamentar.<sup>217</sup>

A Assembleia Nacional representa todos os cidadãos incluindo os não eleitores, os eleitores que não votaram e aqueles que não deram suporte eleitoral aos Deputados eleitos. Ela é constituída por 220 deputados eleitos para um mandato de 5 ano. A legislatura inicia-se com a 1ª sessão legislativa da Assembleia Nacional, após as eleições e termina com a 1ª sessão da nova Assembleia eleita.

A constituição, o regimento e o estatuto dos deputados definem as competências e as regras de funcionamento da Assembleia Nacional, direitos e deveres dos seus membros, garante as relações de separação de poderes e interdependência relativamente aos outros órgãos de soberania.<sup>218</sup>

#### **2.2.5. Organização e Funcionamento da Assembleia Nacional**

---

<sup>216</sup> Cf. art.º 120.º da CRA.

<sup>217</sup> <https://pt.m.wikipedia.org>

<sup>218</sup> [www.parlamento.ao](http://www.parlamento.ao)

Para o desempenho das suas funções a Assembleia Nacional organiza-se em:

- a) *Comissão de Trabalho;*
- b) *Grupo interparlamentar;*
- c) *Delegações parlamentares;*
- d) *Grupo de Deputados Residentes.*

### **COMPETÊNCIA ORGANIZATIVA**

*Compete à Assembleia Nacional, no domínio da sua organização interna conforme o disposto no artigo 160.º da CRA.*

*a) legislar sobre a sua organização interna; b) Eleger, por maioria absoluta dos Deputados presentes, o seu Presidente, os Vice-Presidentes e os Secretários de Mesa; c) Constituir a Comissão Permanente, as Comissões de Trabalho Especializadas, as Comissões Eventuais e as Comissões Parlamentares de Inquérito; d) Exercer as demais competências conferidas pela lei orgânica e por demais legislação parlamentar.<sup>219</sup>*

O poder legislativo cumpre um papel imprescindível perante a sociedade do País, visto que desempenha três funções primordiais para a consolidação da democracia: representar o povo angolano, legislar sobre os assuntos de interesses nacional e fiscalizar a aplicação dos recursos públicos. Das próprias funções apresentadas exercida pelo parlamento já é possível se extrair a sua importância. O conjunto de funções que o parlamento exerce o coloca em patamar de grande importância para a realização e desenvolvimento de qualquer Estado de Direito que adota o princípio democrático. Vê-se que eles têm um grande potencial de reger e/ou influenciar os mais variados setores da sociedade e os órgãos e os outros poderes do Estado, numa perspectiva alcançar-se os desígnios que a própria constituição prevê, no sentido de continuar a produzir legislação com a devida observância do cumprimento do princípio da separação de poderes, como forma de atingirmos a justiça constitucional.

#### **2.2.6. Poder Judicial**

Para entender como o poder judiciário esta organizado, é preciso imaginar uma estrutura dividida em vários órgãos um e ao mesmo tempo, saber que cada um desses órgãos funciona de maneira hierárquica. Sendo que essa hierarquia é formada por instancias ou grau de jurisdição.

---

219 Cf. al). º a, b, c e d art.º 160.º da CRA.



Além das instancias, estabeleceu-se, com o objectivo de organizar e facilitar o trabalho do judiciário, uma divisão das matérias ou questões que são julgadas com o objectivo de garantir esse direito, a constituição estabelece estruturas paralelas ao poder judiciário. Dentre os poderes que compõe o ordenamento jurídico angolano, cabe ao poder judiciário interpretar as leis elaboradas pelo legislativo e promulgadas pelo executivo. Ele deve aplica-las em diferentes situações e julgar aqueles cidadãos que, por diversos motivos, não as cumprem.

Estaremos efetivamente diante da justiça constitucional se a função do judiciário for garantir e defender os direitos individuais, ou seja, promover a justiça, resolvendo todos os conflitos que possam surgir na vida em sociedade. As responsabilidades e a estrutura desse poder são determinadas pela principal lei do país, a constituição da República.<sup>220</sup>

O disposto no artigo 174º n° 1 e 2 da CRA dispõe que os tribunais são órgãos de soberania com competência de administrar a justiça em nome do povo. No exercício da função jurisdicional, compete aos tribunais dirimir conflitos de interesses público ou privado, assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, bem como os princípios do acusatório e do contraditório e reprimir as violações da legalidade democrática.<sup>221</sup> Os juízes são independentes no exercício das suas funções e apenas devem obediência à Constituição e à lei.<sup>222</sup>

### **2.2.7. Sistema Jurisdicional**

1. Os Tribunais superiores da República de Angola com base o artigo 176.º da CRA, são o Tribunal Constitucional, o Tribunal Supremo, o Tribunal de Contas e o Supremo Tribunal Militar. 2. O sistema de organização e funcionamento dos Tribunais compreende o seguinte:

a) uma jurisdição comum encabeçada pelo Tribunal Supremo e integrada igualmente por Tribunais da Relação e outros Tribunais; b) uma jurisdição militar encabeçada pelo Supremo Tribunal Militar e integrada igualmente por Tribunais Militares de Região.

3. Pode ser criada uma jurisdição administrativa, fiscal e aduaneira autónoma, encabeçada por um Tribunal superior. 4. Podem igualmente ser criados tribunais

---

<sup>220</sup> <https://pt.m.wikipedia.org>

<sup>221</sup> Cf. n° 1 e 2 do art.º 174.º da CRA.

<sup>222</sup> Cf. n° 1 do art.º 179.º da CRA.

marítimos. 5. É proibida a criação de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de determinadas infracções.<sup>223</sup>

Nestas superioridades dos tribunais, levanta-se determinadas indagações em saber-se qual dos tribunais é superior entre o constitucional e o supremo, dada a importância das duas instâncias em representar um papel crucial num estado democrático e de Direito. É um caso para estudos futuros numa próxima oportunidade, aprofundar com alguma profundidade essa temática por se revelar suficientemente capaz de suscitar o interesse nacional, e como forma de atingirmos a própria justiça constitucional em matérias de jurisdição.

### **3.3.1. A Independência dos Três Poderes**

Falar da separação de poderes como princípio constitucional no ordenamento jurídico angolano não é absoluta, nem pode ser interpretada como mecanismo de criação de compartimentos estanques entre os poderes, é nesta perspectiva que cinge o foco do presente relatório, sobre a real independência dos órgãos de soberania, nas suas esferas de actuação e o seu real grau de singularidade.

O estreitamento da observação do princípio da separação do poder, a luz do nosso ordenamento jurídico, o seu objectivo é evitar que o poder se concentre nas mãos de uma única pessoa, para que não haja abuso, como o ocorrido no Estado Absolutista, por exemplo, em que todo o poder concentrava-se na mão do rei. A passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal caracterizou-se justamente pela separação de poderes, denominada Tripartição dos Poderes Políticos. Existem determinadas questões que sempre atormentou os teóricos institucionais, como assegurar o controle do exercício do poder governamental de tal modo que não seja possível, a este, destruir os valores para cuja promoção ele foi criado? Se não mesmo a outra grande questão é perceber como se originou a separação de poderes? Estas e outros questionamentos vamos desenvolver com algum cuidado, ao longo do desenvolvimento desta temática.

A separação de poderes em Angola, é um tema bastante sugestivo, por levantar vários questionamentos, daí o cerne do presente estudo ser a estrita observação do princípio da separação de poderes como uma garantia fundamental na justiça constitucional angolana, como forma de analisarmos com algum cuidado, se realmente no nosso ordenamento jurídico, que se apresenta como estado democrático e de direito, se este princípio tem algum acolhimento de forma exitosa.

A separação de poderes, tal como esta prescrita na constituição angolana, não se assume como um conceito rígido, criador de compartimentos estanques. Obviamente

---

<sup>223</sup> Cf. nº 1 a 5 do art.º 176.º da CRA.

cada poder tem as suas funções e atribuições próprias, contudo cada um dos poderes esta interdependente, querendo isso dizer que interagem entre si.

Dispõe o artigo 2.º, nº 1 da Constituição que a República de Angola é um estado democrático de Direito que tem como fundamentos a separação de poderes e interdependência de funções.<sup>224</sup> Os órgãos de soberania devem respeitar a separação e interdependência de funções estabelecidas na Constituição.<sup>225</sup>

Temos aqui duas interpretações rígidas do princípio da separação de poderes, ambas com consequências desastrosas. A interpretação angolana impediu a Assembleia Nacional de controlar o Presidente da República e os actos do seu executivo. A interpretação francesa impediu que os tribunais franceses defendessem os cidadãos face aos abusos da Administração. Em França, esta situação já mudou bastante, especialmente a partir da constituição da V República, que legitimou De Gaulle.

Em Angola, o acórdão do Tribunal constitucional que impede a fiscalização do executivo pela Assembleia Nacional ainda é lei, embora possa facilmente ser alterado. Basta aprovar um novo regimento da Assembleia Nacional, com a possibilidade de fiscalizar o executivo, e submetê-lo ao Tribunal constitucional, que poderá declarar sua constitucionalidade, à luz de uma interpretação mais actual da Constituição.

### 3.3.2. A Interdependência de Funções no Sistema Jurídico Angolano realidade ou Ficção?

Cada dia que passa torna-se pertinente o debate sobre a questão da separação de poderes e interdependência de funções real no sistema jurídico angolano e, há vezes na nossa praça principalmente de alguns actores políticos que começa a ganhar anticorpos e aderentes na sua acusação sobre a imiscuição do órgão executivo isto na pessoa do seu titular nas decisões de outros órgãos (legislativo e judicial), viciando e perigando deste modo, o seu equilíbrio decisório e colocando em check a separação sobre estes órgãos estabelecida na constituição.<sup>226</sup>

O analista político Filomeno Viera Lopes afirma que do ponto de vista prático este poder judicial não é soberano e independente, aliás como também existem problemas com todas as outras estruturas do Estado. Lopes explica ainda o seguinte: porque ao longo de todos esses anos não foi possível dismantelar a estrutura do partido/Estado que nos governa. Na base destas questões todas esta precisamente o facto do nosso sistema político ser ainda dirigido como se fosse no tempo no tempo de partido único.

---

<sup>224</sup>Cf. n.º 1 do art.º 2.º da CRA.

<sup>225</sup> Cf. n.º 3 do art.º 105.º da CRA.

<sup>226</sup> <https://pt.m.wikipedia.org>

Em França, sobretudo durante o século XIX, os doutrinadores adoptaram uma versão também estrita da separação de poderes, proibindo que cada um dos poderes, se imiscuisse nas actividades dos outros. Isto teve como consequências práticas que os actos da Administração pública não pudessem ser sindicados pelos tribunais, no fundo o executivo podia fazer o que quisesse em termos administrativos, e os cidadãos não tinham defesa, pois não podiam recorrer aos tribunais. A justificação era que o poder judicial não podia interferir com o poder executivo.<sup>227</sup>

é importante notar e fixar o facto de que esse princípio foi desenvolvido para dar respostas ao acúmulo do poder nas mãos de uma mesma pessoa ou grupo, de modo que se possa garantir a liberdade das pessoas e proporcionar uma conjuntura favorável à consagração e realização dos direitos fundamentais. Essa é a sua função primeira ou principal. Todavia, a utilidade do princípio constitucional da separação de poderes não se esgota nesse ponto. Um olhar mais dinâmico e um pouco mais profundo em relação ao princípio da separação dos poderes nos faz enxergar outras funções e características que só reforçam a importância deste princípio.

Começando uma apresentação e análise das funções e características do princípio constitucional da separação dos poderes, importa reafirmar que a primeira ou principal função ou característica deste princípio é mesmo a dele ser um “princípio fundamental organizacional da Constituição”<sup>228-229</sup>. Isto é, serve como (ou pode ser visto como) meio de “(...) racionalização, estabilização e delimitação do poder estadual, que talvez constitua sua principal característica, como forma de alcançar-se a justiça constitucional.

O princípio da separação dos poderes actua como “princípio jurídico normativo-autónomo”<sup>230</sup>, invocável nos casos de litígios jurídicos constitucionais em que um poder considere lesado o núcleo essencial das suas funções.<sup>231</sup> Essa também é uma função importante, por servir como meio e instrumento de defesa da Constituição, até porque “(...) quando o núcleo essencial dos limites de competências, constitucionalmente fixado, for objecto de violação pode estar em jogo todo o sistema de *legitimação, responsabilidade, controlo e sanção*, definido no texto constitucional”<sup>174</sup>. Assim, o princípio constitucional da separação dos poderes pode ser utilizado para prevenir que

<sup>227</sup> <https://pt.m.wikipedia.org>

<sup>228</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 378.

<sup>229</sup> Ou “princípio organizatório fundamental” como traz Canotilho, também citando HESSE. Cf., CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 251.

<sup>230</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 252.

aconteça ou para impedir e combater os efeitos maléficos dessa violação ao núcleo essencial das competências dos poderes. Observa-se também, que “A separação dos poderes é um *pressuposto institucional*

para a garantia dos direitos fundamentais, sem a qual estes mais não são do que meras declarações de intenção.”<sup>232</sup> Pode-se dizer também que a separação dos poderes traz consigo uma carga valorativa permissiva e estimuladora da proteção e realização dos direitos fundamentais. Permissiva, pois, na medida em que a separação dos poderes seja garantida e observada e os direitos fundamentais estejam positivados, se cria uma conjuntura em que é possível se buscar a realização de tais direitos; pois, já não dependerá da vontade de uma só pessoa, grupo ou poder dizer quais os direitos que devem ser observados e como devem ser observados. Estimuladora porque dentro dessa conjuntura pode-se assegurar um grau satisfatório de liberdade aos cidadãos, o que cria um ambiente propício para que estes se sintam à vontade para exigir dos poderes o respeito e a realização dos direitos fundamentais e garantias constitucionais, e, até mesmo para que os poderes exijam uns dos outros que tais direitos e garantias sejam respeitados e realizados. De modo que, com tudo isso, torna-se oportuno o que ensina Nuno Piçarra, quando afirma: “(...) a decisão constitucional de garantia dos direitos fundamentais é, simultaneamente, uma decisão fundamental sobre a organização do poder político-estadual”<sup>233</sup>.

Vale atentar-se para o facto que, além de uma limitação formal, o princípio da separação dos poderes diz respeito também a uma limitação material; visa permitir a existência de um Estado de Direito que limite o poder e ao mesmo tempo seja capaz de realizar os direitos fundamentais. Por isso, diz-se que o Estado de Direito

“é limitação para garantia dos direitos fundamentais; é expressão de institucionalização e de racionalidade máximas”<sup>234</sup>.

## Conclusões

Terminado o percurso que no presente estudo se propôs a fazer, importa nesta altura apresentar uma síntese das conclusões a que se chegou, as quais em sua maioria já foram expostas durante o texto.

Primeiramente, no tocante a forma como deve ser compreendido o princípio da separação dos poderes, ficou claro que ele não deve ser considerado nas suas

<sup>232</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, p. 191.

<sup>233</sup> *Ibid.*

<sup>234</sup> MIRANDA, Jorge. *Divisão do Poder e Partidos Políticos*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. LI, nº 1 e 2, (p. 25-32). Coimbra Editora, 2010. p. 25.

raízes clássicas ou tradicionais (de forma rígida, absoluta), pois as necessidades actuais exigem uma leitura desse princípio de um modo que não inviabilize o bom funcionamento do Estado, que não seja prejudicada a eficiência deste, e não que seja prejudicada a desejável actuação articulada dos poderes, para que estes possam assim realizar da melhor forma o que está previsto no texto constitucional.

Contudo, isso não pode vir a significar um enfraquecimento ou relativização do princípio da separação dos poderes a ponto de ser possível um poder se sobrepor a outro, sob um argumento de que estaria a agir visando uma maior eficiência do Estado e uma melhor realização dos direitos constitucionalmente previstos, por exemplo. É preciso se respeitar o núcleo essencial de cada poder e é preciso também que o relacionamento entre os órgãos e entre as pessoas que exercem cargos e funções públicas seja pautado na cooperação, no respeito e em normas de lealdade institucional. E, como isto vale para todos os poderes, vale também para o poder judicial. É nesses moldes que aqui se entende que este poder deve nortear sua actuação.

Tendo isso em consideração, foram lançadas algumas reflexões propositivas para o problema, como o intuito de se buscar encontrar meios e instrumentos para solucionar ou amenizar a ocorrência do fenómeno das interferências do poder executivo face aos demais poderes.

Expôs-se também a possibilidade de a própria sociedade contribuir para o fortalecimento dos três poderes, enquanto órgãos de soberania e, com isso, também colaborar para que se alcance a justiça constitucional.

Lançou-se também a necessidade de se encontrar meios para se evitar a sobreposição de valores pessoais de juízes e o desrespeito a métodos e técnicas mais aceites de interpretação e aplicação do direito.

Por fim, vale ressaltar que, o princípio da separação dos poderes não foi histórica e originariamente um modelo binário a compreender que cada poder tem um escopo teórico fechado, em que as funções Executiva, Legislativa e Judiciária eram incomunicáveis. Ao contrário, a doutrina clássica admitia o exercício de funções compartilhadas. No direito constitucional contemporâneo se reconhece que a doutrina da separação dos poderes deve ser vista de uma nova maneira com a existência de uma Jurisdição Constitucional, que além de deter as competências típicas, é-lhe reservada, concorrentemente, a missão indelegável de efectivar os direitos fundamentais. Com a judicialização da política, o paradigma de magistrado é de que "o novo juiz" deve-se transformar partícipe da sociedade e defensor da democracia porque a prestação jurisdicional não é uma actividade exclusivamente jurídica, mas, também, provoca transformações políticas, sociais e económicas.

## Bibliografia

AA. VV., *Revista de Estudos Avançados da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto*, Ano I, Maio de 2013, n.º 2.

ARAÚJO, Raul – *Introdução ao Direito Constitucional Angolano*, CEDP/UAN, 2018.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. António Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em:  
<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 02 de Julho de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Revista Diálogo Jurídico. Ano 1. Vol. 1. N. 6. Setembro. Salvador, 2001. Disponível em:  
<[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf)>. Último acesso em 22 de agosto de 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Vol. 28. n. 60 (p. 27-65). Julho-dezembro. Porto Alegre, 2004.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em:  
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31274-34849-1-PB.pdf>>. Último acesso em 22 de Agosto de 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANCO, Paulo Gonet. *Em busca de um conceito fugido – Ativismo Judicial*. In NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes (orgs.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (I)*. In Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 2. n. 6 (p. 4693-4791). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013. Disponível em:

<[http://www.idbfdul.com/uploaded/files/2013\\_06\\_04693\\_04741.pdf](http://www.idbfdul.com/uploaded/files/2013_06_04693_04741.pdf) >. Último acesso em 20 de Julho de 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana (II)*. In Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 2. n 7 (p. 6515-6571). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2013. Disponível em: <[http://www.idbfdul.com/uploaded/files/2013\\_07\\_06515\\_06571.pdf](http://www.idbfdul.com/uploaded/files/2013_07_06515_06571.pdf)>. Último acesso em 20 de Julho de 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Os poderes do Presidente da República (Especialmente em matéria de defesa e política externa)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito*. In NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes (orgs.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 4ª ed. rev. amp. e atual. Niterói: Editora Impetus, 2010.

GRECCO, Sibebe Regina Luz. *Fenômeno do ativismo judicial: análise teórica e estudo do caso da fidelidade partidária na ótica do Supremo Tribunal Federal brasileiro*. (Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Coimbra: 2010.

GREEN, Craig. *An intellectual history of Judicial Activism*. Emory Law Journal. vol. 58. Issue 5 (p. 1197-1260). 2009.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Trad. de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1988.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Trad. do original "The Federalist" por Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.



KMIEC, Kenan D. *The origin and current meanings of "Judicial Activism"*. California Law Review, 92 (p. 1441-1478). Outubro. 2004.

LEAL, Saulo Tourinho. *Ativismo ou Altiwez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de mestrado apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Brasília, 2008. Disponível em:  
<[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/87/disserta%25E7%25E3o\\_Saulo%2520Tourinho%2520Leal.pdf?sequence=1](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/87/disserta%25E7%25E3o_Saulo%2520Tourinho%2520Leal.pdf?sequence=1)>. Último Acesso em 26 de Agosto de 2013.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o Governo Civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Costa. 3ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

MAIR, Peter. *Os partidos políticos e a democracia*. In Revista Análise Social. Vol. XXXVIII. n. 167. (p. 277-293). Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2003.

MENDES, Gilmar; BRANDO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Divisão do Poder e Partidos Políticos*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. LI, nº 1 e 2, (p. 25-32). Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Trad. de Cristina Murachco da obra *L'Esprit des Lois* (1748). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade*. In Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional: Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MORILLO, Joaquín García. *Mitos y realidades del parlamentarismo*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. N. 9. Maio-Agosto de 1991. (p. 115-144). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Umberto Machado; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (coords.). *Ativismo Judicial*. Curitiba: Juruá, 2010.

PARGA, Milagros Otero. *División de poderes. Antes y ahora*, Separata de: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. n. 12. 1997.

PECH, Laurent. *Le remède au gouvernement des juges: le judicial self-restraint*. In *Gouvernement des juges et Démocratie*. Paris, Publications de la Sorbonne, 2001.

PEREIRA, Marcelo Caon. *O ativismo judicial e a democracia*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. LII. nº 1 e 2 (p. 305-352). 2011.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIERRE, Avril. *Estructura y servicios de apoyo para el trabajo legislativo*. In FIXZAMUDIO, Hector; PIERRE, Avril. *et. all. El Poder Legislativo en la Actualidad*. Ciudad de

México: Cámara de Diputados Del H. Congreso de la Unión e Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. Disponível em:  
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=967>>. Último Acesso em 15 de março de 2013.

PIERRE, Avril; GICQUEL, Jean. *Droit Parlementaire*. 3 ed. Paris: Montchrestein, 2004.

PIZORUSSO, Alessandro. *"Governo dei giudici" e democrazia*. In *Questione Giustizia*. n. 5 (p.814-824). Milano, 1999.

QUEIROZ, Cristina. *O parlamento como fator de decisão política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RAMOS. Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *Neoconstitucionalismo e democracia*. In *Revista de informação legislativa*, v. 43. n. 172, p. 45-55, out./dez. 2006. p. 50. Disponível em:  
<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93282/Santos%20Gustavo.pdf?sequence=4>>. Último acesso em: 24 de Agosto de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Ano 3. n. 9 (p. 233-272). Jan./mar. Belo Horizonte, 2009.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. pres. Francisco Ayala; epílogo de Manuel García-Pelayo. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SERRANO, Rafael de Agapito. *Liberdade y división de poderes: El Contenido Essencial del Principio de la División de Poderes a partir del Pensamiento de Montesquieu*. Madrid: Tecnos, 1989.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*. 3ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Estrutura e funcionamento do Poder Legislativo* In Revista de informação legislativa. N. 187. Vol. 47. p. 137-154. jul./set. de 2010. Brasília, 2010. Disponível em:

<<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/198698/1/000897822.pdf>>. Último acesso em 15 de Abril de 2013.

SILVESTRI, Gaetano. *La Separazione dei poteri*. Milano: Dott A. Giuffré Editore, 1979.

STRECK, Lenio Luiz. *Contra o Neoconstitucionalismo*. In Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. n. 4. (p. 9-27). Janeiro-Junho. 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista5/Streck.pdf>>. Último aceso em 22 de agosto de 2013.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TAVARES, Iris Eliete T. N. de Pinho. *O Poder Legislativo: Funções e Órgãos*. In Revista Brasileira de Estudos Políticos. n. 83. (p. 107-129). Julho de 1996. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da democracia na América*, Trad. Carlos Correia Moreira de Oliveira, Estoril: Princípia, 2007.

URBANO, Maria Benedita. *Criação judicial e ativismo judicial: as duas faces de uma mesma função?* In Tribunal Constitucional 35º aniversário da Constituição de 1976. 1ª ed. Vol. 2. (p. 7-41) Lisboa: Coimbra Editora, 2012.

URBANO, Maria Benedita, *Curso de justiça constitucional. Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012.

URBANO, Maria Benedita. *Representação Política e Parlamento: Contributo para uma Teoria Político-Constitucional dos Principais Mecanismos de Proteção do Mandato Parlamentar*. Coimbra: Almedina, 2009.

## **Jurisprudência consultada**

Acórdão n.º 22 do Tribunal de Constitucional, 2017.

*À prova da confiança.* In Revista Eletrônica GiroIbope. Edição 14. Ano 4.

Julho/Agosto/Setembro de 2009. Disponível em:

<<http://www4.ibope.com.br/giroibope/14edicao/capa02.html>>. Último acesso em 26 de Abril de 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Último acesso em: 10 de Maio de 2013.

## **Legislação consultada**

### **De Angola**

Constituição da República de Angola, 2010.

Lei do regimento da AN

### **De Portugal/Brasil**

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Resolução 22.526 de 27/03/2007*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-no-22-526-consulta-no-1398/view>>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Resolução nº 22.600 de 16/10/2007*.

Disponível

em: <<http://www.tse.jus.br/sadJudInteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&prcessoNumero=1407&processoClasse=CTA&decisaoData=20071016&decisaoNumero=22600>>. Acesso em 22 de setembro de 2013.

PORTUGAL. ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. *Lei n.º 66-B/2012 – Orçamento do Estado para 2013*. Disponível em: <<http://www.dre.pt/util/getdiplomas.asp?iddip=20122549>>. Último acesso em 04 de setembro de 2013.

PORTUGAL. PARLAMENTO. *Decreto n.º 177/XII da Assembleia da República*. Disponível em:

<<http://www.parlamento.pt/Paginas/DetalheUltimosTextosAprovados.aspx?BID=17744>>. Último acesso em 04 de setembro de 2013.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. *Acórdão n.º 187/2013*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Último acesso em 02 de setembro de 2013.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. *Acórdão n.º 353/2012*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Último acesso em 02 de setembro de 2013.

PORTUGAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. *Acórdão n.º 474/2013*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130474.html>>. Último acesso em 02 de setembro de 2013.

## **CONCURSO DE PREFERÊNCIA ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO: OVERRULING NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**SUZANA MAURÍCIO NOGUEIRA:** Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Oficiala de Justiça Avaliadora Federal.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar os fundamentos que propiciaram a viragem jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 357, ocorrido em 24 de junho de 2021. O cerne da questão se traduz na preferência conferida à União em relação aos entes subnacionais no que diz respeito à cobrança judicial de créditos tributários. Tal predileção encontra amparo na literalidade do parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66) e no parágrafo único do art. 29 da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80), cujo conteúdo foi corroborado pela Súmula 563 e por sucessivas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. A temática foi abordada sob o prisma de uma análise comparativa entre os contextos jurídico e histórico que embasaram o entendimento jurisprudencial anterior e a sua recente modificação, com o exame da Constituição Federal, da legislação infraconstitucional e da doutrina correspondentes.

**Palavras-chave:** crédito tributário; execução fiscal; preferência; federalismo; autonomia; Código Tributário Nacional; Lei de Execução Fiscal.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Panorama legal e jurisprudencial. 3. Controvérsias evidenciadas em sede doutrinária. 4. O julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 357. 5. Reflexos do julgamento da ADPF 357. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

### **1. INTRODUÇÃO**

É certa a existência de dispositivos legais, em nosso ordenamento jurídico, os quais preconizam que, em relação à cobrança judicial de créditos tributários, haveria um concurso de preferência entre pessoas jurídicas de direito público que sejam credoras de um mesmo devedor. Isto é, dever-se-ia obedecer uma ordem de prioridades, a qual sempre beneficiaria a União, em face dos demais entes, bem como os Estados e o Distrito Federal, caso a concorrência se desse em relação aos Municípios.

### **2. PANORAMA LEGAL E JURISPRUDENCIAL**

Estabelecem o parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66) e o parágrafo único do art. 29 da Lei 6.830/80, mais conhecida como Lei de Execução Fiscal:

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

I – União;

II – Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pró rata;

III – Municípios, conjuntamente e pró rata.

Art. 29 – A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.

Parágrafo Único – O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

I – União e suas autarquias;

II – Estados, Distrito Federal e Territórios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata;

III – Municípios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata.

Há, portanto, a definição de uma ordem preferencial entre as pessoas jurídicas de direito público na qual se privilegia a União e suas autarquias e, em seguida, os Estados, o Distrito Federal e Territórios e suas autarquias.

Observa-se que até mesmo o Código Civil de 1916, o qual vigia no momento da entrada em vigor tanto do Código Tributário Nacional quanto da Lei de Execução Fiscal, dispunha, em seu art. 1.571: “A Fazenda Federal prefere a Estadual, e esta, a Municipal”.

Considerando que o Código Tributário Nacional remonta à década de 1960, o disposto no parágrafo único do seu art. 187 veio sendo corroborado pelo Supremo Tribunal Federal nas décadas seguintes, em especial entre os anos de 1975 e 1977, a exemplo do que se demonstrou no julgamento dos seguintes Recursos Extraordinários: RE

80.045, Relator Min. Aliomar Baleeiro, Relator p/acórdão Min. Rodrigues Alckmin, DJ 13/12/1976; RE 80.748, Relator Min. Leitão de Abreu, DJ 29/04/1977; RE 80.398, Relator Ministro Cordeiro Guerra, DJ 06/06/1975; RE 81.154, Relator Ministro Cordeiro Guerra, DJ 21/11/1975.

Tratava-se, por conseguinte, de um entendimento indubitavelmente consolidado no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual, em razão disso, terminou por consubstanciar o seu posicionamento por meio da aprovação da Súmula 563, durante a Sessão Plenária realizada em 15 de dezembro de 1976, nos seguintes termos: "O concurso de preferência a que se refere o parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional é compatível com o disposto no art. 9º, I, da Constituição Federal".

*Cumprе ressaltar que a Constituição Federal mencionada pelo verbete citado é a Carta de 1969, porquanto a edição da Súmula 563 se deu, como indicado, no ano de 1976. Por esse motivo, existe sentido na menção ao art. 9º, I, da Constituição Federal.*

*Denota-se que parte da doutrina defendia que a Súmula 563 se mantinha pertinente mesmo após a Constituição Federal de 1988, a exemplo de Luiz Felipe Silveira Difini (2006, p. 341): "A nosso ver, tal permanece válido à luz da Constituição atual, que não tem norma claramente incompatível com os dispositivos em estudo. Pelo contrário, a diferença entre o art. 9º, I, da Carta de 1969 e o art. 19, III, da Constituição vigente é meramente redacional".*

*De fato, pelo menos nessa última afirmação, assiste razão ao referido autor, uma vez que o art. 9º, I, da Carta de 1969 possuía a seguinte redação: "A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: I – criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra". Por sua vez, dispõe o art. 19, III, da Constituição Federal de 1988: "É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si". Assim, cotejando-se ambos os dispositivos constitucionais, realmente não se vislumbra qualquer modificação substancial quanto à literalidade de um para o outro.*

*Salienta-se que, mesmo após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permaneceu caminhando no sentido de compreender como constitucional e legítimo o estabelecimento de uma ordem de preferência em favor dos entes maiores em detrimento dos entes menores. A ilustrar essa constatação:*

**EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PREFERÊNCIA DE PAGAMENTO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO.**



*INOCORRÊNCIA. SÚMULA N. 563 DO STF. O Supremo fixou entendimento no sentido que a disposição legal prevista no artigo 187, parágrafo único, do CTN não viola o princípio federativo [artigo 9º, I, da CB/67, artigo 19, III, da Constituição do Brasil]. Tal entendimento foi consolidado na Súmula n. 563 do STF. Agravo regimental a que se nega provimento.*

*(AI 745114 AgR, Relator(a): EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-22 PP-04709 RT v. 98, n. 889, 2009, p. 203-204)*

*Verifica-se que seguiram essa compreensão as decisões proferidas nos seguintes julgamentos: Agravo de Instrumento 197771, Relator Min. Cezar Peluso, julgado em 16/08/2007, publicado em 12/09/2007; Agravo de Instrumento 808646, Relatora Min. Rosa Weber, julgado em 18/03/2013, publicado em 05/04/2013; Recurso Extraordinário 639139, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 14/05/2013, publicado em 21/05/2013; Agravo de Instrumento 833386, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 24/06/2014, publicado em 04/08/2014.*

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, acompanhava a noção de subsistir, legitimamente, a existência da ordem de preferência:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. EXISTÊNCIA DE PENHORAS SOBRE O MESMO BEM. DIREITO DE PREFERÊNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO ESTADUAL E CRÉDITO DE AUTARQUIA FEDERAL. ARTS. 187 DO CTN E 29, I, DA LEI 6.830/80. PREFERÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO FEDERAL.

1. O crédito tributário de autarquia federal goza do direito de preferência em relação àquele de que seja titular a Fazenda Estadual, desde que coexistentes execuções e penhoras.

(Precedentes: REsp 131.564/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/09/2004, DJ 25/10/2004 ; REsp 167.381/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/2002, DJ 16/09/2002 ; EDcl no REsp 167.381/SP, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/09/1998, DJ 26/10/1998 ; REsp 8.338/SP, Rel. MIN. PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/1993, DJ 08/11/1993)

2. A instauração do concurso de credores pressupõe pluralidade de penhoras sobre o mesmo bem, por isso que apenas se discute a preferência quando há execução fiscal e recaia a penhora sobre o bem executado em outra demanda executiva.

(Precedentes: REsp 1175518/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 02/03/2010; REsp 1122484/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 18/12/2009; REsp 1079275/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 08/10/2009; REsp 922.497/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 24/09/2007)

3. In casu, resta observada a referida condição à análise do concurso de preferência, porquanto incontroversa a existência de penhora sobre o mesmo bem tanto pela Fazenda Estadual como pela autarquia previdenciária.

4. O art. 187 do CTN dispõe que, verbis: "Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I – União; II – Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pró rata; III – Municípios, conjuntamente e pró rata."

5. O art. 29, da Lei 6.830/80, a seu turno, estabelece que: "Art. 29 - A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento Parágrafo Único – O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I – União e suas autarquias; II – Estados, Distrito Federal e Territórios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata; III – Municípios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata."

6. Deveras, verificada a pluralidade de penhoras sobre o mesmo bem em executivos fiscais ajuizados por diferentes entidades garantidas com o privilégio do concurso de preferência, consagra-se a prelação ao pagamento dos créditos tributários da União e suas autarquias em detrimento dos créditos fiscais dos Estados, e destes em relação aos

dos Municípios, consoante a dicção do art. 187, § único c/c art. 29, da Lei 6.830/80.

7. O Pretório Excelso, não obstante a título de obiter dictum, proclamou, em face do advento da Constituição Federal de 1988, a subsistência da Súmula 563 do STF: "O concurso de preferência a que se refere o parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional é compatível com o disposto no art. 9º, I, da Constituição Federal", em aresto assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. CONCURSO DE PREFERÊNCIA. ARTIGO 187 CTN.

1. O Tribunal a quo não se manifestou explicitamente sobre o tema constitucional tido por violado. Incidência das Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

2. Controvérsia decidida à luz de legislação infraconstitucional. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. 3. A vedação estabelecida pelo artigo 19, III, da Constituição (correspondente àquele do artigo 9º, I, da EC n. 1/69) não atinge as preferências estabelecidas por lei em favor da União. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 608769 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 18/12/2006, DJ 23-02-2007)

8. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 957.836/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2010, DJe 26/10/2010).

*Inclusive, alguns anos após, em 08 de agosto de 2012, o Superior Tribunal de Justiça solidificou o entendimento exarado, aprovando a Súmula 497, segundo a qual "os créditos das autarquias federais preferem aos créditos da Fazenda estadual desde que coexistam penhoras sobre o mesmo bem".*

*Infere-se, pois, que as deliberações realizadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça seguem em consonância com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.*

*Concebiam-se que a ordem legal de prioridades se mostrava um critério razoável para a resolução da questão de existirem múltiplas execuções fiscais em face do mesmo devedor.*

*É preciso sublinhar a necessidade de existência de constrição sobre o mesmo bem do patrimônio do devedor em comum. Além disso, aponta-se que a preferência do ente maior recairia sobre o eventual produto da expropriação ocorrida em execução fiscal ajuizada pelo outro ente federativo.*

*Ademais, um dos fundamentos para a predileção conferida à União era o fato de haver a repartição de receitas tributárias em âmbito nacional, o que prestigiaria os outros entes federativos na medida em que estes participariam consideravelmente do produto da arrecadação federal.*

*Somado a isso, defendia-se que, constitucionalmente, incumbia-se à União um feixe de atribuições muito maior do que aquele que se confiava aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. À União caberia, por exemplo, a elaboração e a execução de planos nacionais e regionais de desenvolvimento, o que beneficiaria todos os entes.*

*Por tais razões, considerava-se, em outras palavras, ser apropriado que a União contasse com maiores privilégios do que os Estados e Municípios, tendo em vista ser responsável por um número maior de encargos, além de que, no contexto da época, afirmava-se que, de fato, haveria uma hierarquia entre os entes federativos, o que repercutiria em todas as esferas, incluindo a tributária.*

*Logo, vê-se que, historicamente, a ordem legal de prioridades quanto à cobrança dos créditos tributários gozava de uma estável aceitação, contando com a chancela da jurisprudência dos Tribunais superiores.*

*Contudo, denota-se que os questionamentos a essa vantagem foram-se amplificando, em especial com o advento da Constituição Federal de 1988.*

### **3. CONTROVÉRSIAS EVIDENCIADAS EM SEDE DOUTRINÁRIA**

*Impõe-se destacar que importantes vozes doutrinárias há muito já defendiam a inconstitucionalidade da existência de uma ordem de preferência entre as pessoas políticas, no que diz respeito à satisfação de seus créditos tributários.*

*Os principais argumentos possuíam como base a identificação de afronta ao princípio federativo e ao princípio da isonomia. Haveria igualmente ofensa à autonomia dos entes, em especial dos Municípios, uma vez que até mesmo os Territórios, os quais sequer pessoas políticas são, figurariam à frente daqueles na sequência de predileções a ser seguida.*

*Nas certas palavras de Kiyoshi Harada (2005, p. 523):*

*Apesar da Súmula n. 563 do STF ter proclamado a compatibilização dessa preferência com a isonomia das entidades políticas tributantes, estamos convencidos de sua absoluta inconstitucionalidade por ferir, às escâncaras, o princípio federativo, que consagra a isonomia das pessoas políticas. O poder tributário foi outorgado pela Carta Magna às entidades componentes da Federação para que cada uma delas cumpra as missões que lhe foram atribuídas pelo mesmo Estatuto Magno. A noção de competência repele qualquer idéia de hierarquização, como a que resulta do dispositivo sob comento.*

No mesmo sentido, prescrevia, de forma contundente, Paulo de Barros Carvalho (2009, p. 610):

É flagrante, insofismável e vitanda, sob qualquer ângulo pelo qual pretendamos encará-la. Fere, de maneira frontal e grosseira, o magno princípio da isonomia das pessoas políticas de direito constitucional interno, rompendo o equilíbrio que o Texto Superior consagra e prestigia. Discrimina a União, em detrimento dos Estados, e estes, juntamente com o Distrito Federal, em prejuízo dos Municípios, quando sabemos que estão juridicamente parificados, coexistindo num clima de isonomia. E, como se isso não bastasse, dá preferência aos Territórios, que não têm personalidade política, com relação aos Municípios. Lamentavelmente, a ordem preferencial que o art. 187, parágrafo único, cristaliza na redação de seu texto vem sendo acolhida e cordatamente aplicada, sem que o meio jurídico nacional se dê conta da manifesta inconstitucionalidade que encerra seu significado em face do direito positivo brasileiro.

Da mesma opinião, igualmente compartilhava Regina Helena Costa (2012, p. 304):

Enseja crítica o parágrafo único desse artigo, que estabelece um concurso de preferência entre as pessoas jurídicas de direito público. Em primeiro lugar porque veicula flagrante ofensa aos princípios federativo e da autonomia municipal, na medida em que estabelece hierarquia entre as pessoas políticas, incompatível com essa forma de estado, sem contar a indicação dos territórios – que sequer são pessoas políticas – à frente dos municípios.

Também a Lei Maior, em seu art. 19, III, proclama ser “vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar distinções

entre brasileiros ou preferências entre si”. Para nós, portanto, tal preceito do Código Tributário Nacional foi tacitamente revogado, diante de sua incompatibilidade com a Constituição. E, se assim é, não há mais ordem de preferência entre as pessoas políticas, desfrutando seus respectivos créditos das mesmas condições.

Assim, embora houvesse um entendimento pacífico no âmbito do Supremo Tribunal Federal em prol da constitucionalidade da ordem legal de predileções, diferentemente se constatava ocorrer em sede doutrinária. Pelo contrário, a doutrina majoritária aconselhava o desacerto da preferência concedida à União, seguida pelos Estados, Distrito Federal e Territórios, criticando os dispositivos legais que possibilitavam isso.

#### **4. O JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF 357**

O Governador do Distrito Federal, inconformado com a aludida situação, propôs, em 28 de julho de 2015, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 357. Questionou-se, desse modo, a persistência da validade do parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional e do parágrafo único do art. 29 da Lei 6.830/80.

Uma vez que essas normas são anteriores à Constituição Federal de 1988, seriam insuscetíveis de conhecimento em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Legítima, por isso, a utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF como meio adequado para a sua impugnação, observada a subsidiariedade que lhe é ínsita, visto que realmente seria o único meio de se impugnar a constitucionalidade das normas em comento, de forma direta, abstrata e objetiva, perante o Supremo Tribunal Federal.

Apontou-se que os preceitos fundamentais que estariam sendo desrespeitados seriam aqueles inscritos nos arts. 1º, *caput*, 18, 19, inciso III, 60, § 4º, inciso I, da 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:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado.

A Ministra Relatora Cármen Lúcia considerou que o tema realmente merecia ser apreciado novamente à luz da Constituição Federal de 1988, a fim de se resolver acerca da recepção dos dispositivos contestados. Em sua explanação, sabiamente consignou que seria indispensável proceder ao detido exame do contexto em que se inseriam os dispositivos legais envolvidos, bem como dos julgamentos que propiciaram a aprovação da Súmula 563. Nota-se, desde logo, que a noção de federalismo seria essencial à análise da questão:

Nesse sentido, há que se explicitarem os precedentes que deram origem à Súmula n. 563 deste Supremo Tribunal e, por conseguinte, contextualizar as normas impugnadas e o federalismo acolhido na Constituição de 1988.

Faz-se mister esse realce porque a repetição dos termos normativo-constitucionais não são bastantes a se ter por certo e incontestável que o fundamento é idêntico, considerando-se o sistema jurídico que embasa uma norma. No caso brasileiro, enquanto a Carta de 1967 e a Emenda de 1969 contemplavam o que se conheceu como federação de opereta ou federalismo formal (não havia contexto federativo mas mera referência formal no texto normativo), a Constituição de 1988 teve no redimensionamento e comprometimento federativo um de seus pontos altos e garantidor da democracia no Brasil.

Vê-se, diante da percepção assentada pela Ministra, o quão simplista seria partir de uma elementar e ingênua comparação textual e, com base tão somente nela, depreender a subsistência da validade da Súmula 563 do STF.

Isso porque, à época da aprovação da referida súmula, tradicionalmente se preconizava que havia, sim, uma hierarquia entre os entes federados e, por tal razão,

naturalmente os créditos tributários da União deveriam preceder os dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Existia, assim, um contexto propício a se considerar como adequado o conteúdo não apenas do parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional, mas também do entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que a Constituição Federal de 1988 trouxe novas balizas à questão, prestigiando o federalismo cooperativo e o equilíbrio entre os entes da federação. Com efeito, além de serem ampliadas as competências concorrentes, passou a ser autorizada a delegação de competências privativas da União. Sobretudo, elevaram-se os Municípios à categoria de entes federativos.

Percebe-se que essa ilação vai ao encontro da irrepreensível lição de José Afonso da Silva (2009, p. 436):

O Brasil, como vimos, assumiu a forma de Estado federal, em 1889, com a proclamação da República, o que foi mantido nas constituições posteriores, embora o federalismo na Constituição de 1967 e de sua Emenda 1/69 tenha sido apenas nominal. A Constituição de 1988 recebeu-a da evolução histórica do ordenamento jurídico. Ela não instituiu a federação. Manteve-a mediante a declaração, constante no art. 1º, que configura o Brasil com uma República Federativa.

Ao se perscrutar o julgamento da ADPF 357, vê-se que a Ministra Relatora Cármen Lúcia demonstrou que as decisões do Supremo Tribunal Federal que conduziram ao entendimento até então pacificado basearam-se, invariavelmente, em argumentos que possuíam como premissa em comum a noção de que a União ocupava uma posição de superioridade hierárquica no âmbito do federalismo brasileiro. Assim, por ser mais eminente do que os outros entes federados, deveria contar, obviamente, com uma condição de preferência em relação ao recebimento dos seus créditos tributários.

Não restam dúvidas, entretanto, de que, atualmente, consoante se concluiu, não há mais espaço para essa ideia de graduação entre os entes, em que haveria os mais importantes, no sentido do mais abrangente para o menor. Desse modo, conforme bem condensou, em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso:

Não há nenhuma dúvida de que, no período pós 64, sob a Constituição de 1967 e a de 1978, vigorou no Brasil, apesar da contradição entre os termos, um chamado federalismo hegemônico, com superioridade jurídica da União sobre os outros entes. Ainda quando não devesse ser assim na teoria do federalismo, o fato é que assim era e assim interpretou a jurisprudência da época, uma



jurisprudência que se formou já sob a vigência da Constituição de 1969, outorgada pelo Ministro do Exército, da Marinha de Guerra e da Aeronáutica Militar, na ocasião em que se impediu a posse do Vice-Presidente eleito, Pedro Aleixo. Portanto, uma Constituição ditatorial e com uma concepção altamente centralizadora e concentradora do poder da União.

Encerrado o ciclo ditatorial, sobrevém a Constituição de 1988, e a ideia de federalismo retoma o seu sentido original, significando descentralização do poder e unidade na adversidade, com as características essenciais do modelo federalista, que são a autonomia dos entes federados, no caso brasileiro, os estados e os municípios, ao lado da União; a participação dos estados na formação da vontade nacional e, por fim, o direito que os entes têm - e a Constituição assegura - de desfrutarem de competências próprias, competências que derivam diretamente da Constituição e não da vontade de qualquer dos outros entes.

A igualdade entre os entes da federação é tão evidente, que eles não estão sujeitos a qualquer tipo de hierarquia entre si, que os autores sequer destacam esse elemento como característico da Federação, simplesmente porque ele é um elemento implícito em toda a configuração do modelo dessa forma específica de Estado. Claro que a Constituição poderia, como pode eventualmente, prever tratamento desequiparado entre os estados por alguma escolha, por alguma opção legítima do constituinte, mas certamente o legislador ordinário, o legislador infraconstitucional não pode fazê-lo.

Esse foi, portanto, o aspecto crucial e determinante para a ocorrência do *overruling*, isto é, da viragem jurisprudencial advinda: a percepção de que o parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional e o parágrafo único do art. 29 da Lei 6.830/80 remetem a um contexto jurídico e histórico que não mais subsiste, não havendo, assim, como permanecerem válidos e legítimos, diante da inviabilidade de se estabelecer qualquer tipo de privilégio infundado no atual cenário do federalismo cooperativo.

Já no que concerne ao fato de existir a repartição de parte do produto da arrecadação tributária da União, determinou-se que não seria apto a justificar a primazia dos créditos da União. De acordo com o que evidenciou o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto:

O ônus de partilhar receitas foi estabelecido no texto constitucional como medida de equilíbrio (ou reequilíbrio) federativo, em

contraponto a uma divisão de competências tributárias que centralizou recursos no domínio da União. Por esse motivo, não pode ser utilizado como justificativa para um tratamento normativo que favorece o ingresso de receitas em prol da Fazenda Nacional, frustrando o recebimento de receitas fiscais da competência tributária dos demais entes.

Por fim, embora se reconheça a inevitabilidade de se elegerem critérios para que seja definida uma ordem em que os pagamentos do devedor comum devam ser realizados, asseverou a Ministra Cármen Lúcia, a respeito dos parâmetros diferenciadores a serem adotados:

Entretanto, dois pontos precisam ser enfatizados para que se reconheça a validade do critério distintivo: o primeiro, a igualdade modelada constitucionalmente entre as pessoas somente pode ter contornos definidores no sistema constitucional, não em norma infraconstitucional. Quer dizer: estabelecendo a Constituição da República a federação como forma de Estado, estatuinto a autonomia dos entes federados como núcleo da forma estatal (art. 18), somente pelo desenho constitucional se poderia estatuir preferências entre os entes para efeito de pagamento dos créditos tributários. Segundo, o que legitima critério de diferenciação – prevalecente o princípio da igualdade dos entes federados e da autonomia de cada qual – é a finalidade constitucional adequadamente demonstrada.

No caso, nem a diferenciação põe-se em norma constitucional nem se comprova finalidade constitucional legítima buscada com a distinção estabelecida nas normas questionadas.

## **5. REFLEXOS DO JULGAMENTO DA ADPF 357**

O julgamento da ADPF 357 culminou com a declaração da não recepção, pela Constituição Federal de 1988, do parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional e do parágrafo único do art. 29 da Lei de Execução Fiscal.

Na mesma oportunidade, o Supremo Tribunal Federal resolveu, por lógica, cancelar a sua Súmula 563, uma vez que não mais persistem as bases que fundamentaram a sua edição.

A decisão se deu nos termos do voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia, vencidos o Ministro Dias Toffoli, o qual julgava improcedente a ação, e o Ministro Gilmar Mendes, o

qual a julgava parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme a Constituição.

Deduz-se que, por consequência, encontra-se superada a Súmula 497 do Superior Tribunal de Justiça, já que se alicerçava nos dispositivos legais declarados pelo Supremo Tribunal Federal como não recepcionados. Em virtude disso, entende-se que não há mais razão para *os créditos das autarquias federais preferirem aos créditos da Fazenda estadual, como aduzia a mencionada súmula.*

*No plano prático, verifica-se que, antes, havia evidentes distorções na arrecadação tributária, dado que, muitas vezes, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios conseguiam, com muito esforço, localizar bens do patrimônio do devedor comum e, não obstante, o fruto desse trabalho terminava por ser conferido à União, tão somente em função de uma preferência a ela abstratamente conferida. Todavia, com a superveniência do julgamento da ADPF 357, essa injustiça será corrigida, de modo a melhor se harmonizarem as execuções fiscais com o princípio federativo, nos moldes como o federalismo é concebido hodiernamente.*

*Interessa pontuar que se encontra em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 485/2017, de iniciativa do Senador Fernando Bezerra Coelho, o qual objetiva alterar o Código Tributário Nacional para, na cobrança judicial de créditos, conferir preferência de acordo com a anterioridade da penhora realizada sobre o bem em relação ao qual se concorre. Opina-se que se trata de critério justo e razoável, tendo em vista que favorece a pessoa política que demonstrou maior agilidade e competência na busca pela satisfação do seu crédito tributário, independentemente da sua envergadura.*

## 6. CONCLUSÃO

Denota-se ser patente o acerto do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 357, ao realizar um *overruling* há muito esperado pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Trata-se de uma viragem jurisprudencial que adéqua os posicionamentos do Tribunal na questão em análise, os quais passarão a se coadunar com a atual ordem constitucional que se impõe.

O princípio federativo e a autonomia dos entes federados, com efeito, passaram a receber um tratamento distinto e revigorado a partir do advento da Constituição Federal de 1988. Seria incoerente permitir que perdurassem antigos entendimentos jurisprudenciais, respaldados por contextos jurídicos e históricos ultrapassados.

Não há espaço, no federalismo cooperativo, para a permanência de privilégios injustificados. Ademais, de que adiantaria os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuírem competências tributárias próprias se, ao buscarem os seus créditos, tivessem

que eventualmente deles desistir, por uma obrigação legal de praticamente cedê-los à União?

De fato, afigura-se mais justo e consentâneo com os valores constitucionais atuais que, na cobrança judicial de créditos tributários em face do mesmo devedor, os entes federativos concorram em igualdade de condições, elencando-se critérios objetivos para se definir qual deles terá preferência no caso concreto, como, por exemplo, a anterioridade da constrição realizada sobre o patrimônio do executado.

Desse modo, evitam-se distorções no sistema de arrecadação e resguardam-se as competências tributárias atribuídas a cada ente, em respeito ao federalismo cooperativo, ao princípio da isonomia e à autonomia de todos os entes federados.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 485, de 06 de dezembro de 2017**. Altera o art. 187 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e o art. 29 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Lei de Execuções Fiscais), para dispor sobre o concurso de preferência das pessoas jurídicas de direito público na hipótese de cobrança judicial de créditos. Brasília: Senado Federal, 2017. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pls-485-2017>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário – Constituição e Código Tributário Nacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

## O USO MEDICINAL DA CANNABIS FRENTE À MORA LEGISLATIVA.

**FELIPE EDUARDO HERINGER SATIL:**  
Advogado

**RESUMO:** O presente artigo a finalidade de trazer as recentes inovações e ideias legislativas sobre o uso da planta cannabis sativa para o uso científico-médico, trazendo um pouco da história de seu uso, que, teve suas primeiras referências datadas cerca de 2700 a.C na farmacopeia do Imperador chinês Shen-Nung. Será discorrido durante o texto as normas e ideias legislativas que foram propostas há pouco tempo para introduzir em nosso ordenamento jurídico a regulamentação do uso da planta para os fins médicos, de saúde e vida, além de trazer alguns julgados e entendimentos dos tribunais acerca da matéria, a qual a mora dos legisladores faça com que o judiciário “invada” a competência do congresso para deliberar sobre o tema. Por fim, será feita uma breve análise sobre os impactos diretos e indiretos que tal omissão acarreta para as pessoas que necessitam do tratamento, e, os impactos socioeconômicos, através das ideias e perspectivas de grandes economistas liberais já laureados com o prêmio Nobel.

Palavras-Chave: Cannabis, Legislativo, Judiciário, Liberdade, Vida.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to present recent innovations and initial legislative ideas about the scientific-medical use of its use, which had as a reference 270 BC in the pharmacopeia of the Chinese Emperor Shen-Nung. It will be discussed during the text as norms and legislative ideas that were proposed with little time to introduce in our legal system a regularization of the use of the plant for medical, health and life purposes, in addition to bringing judgments and understandings of the courts on the matter, which the delay of the legislators makes the judiciary “invade” the competence of the Congress to deliberate on the subject. Finally, a brief review will be made on the impacts and indirect for the analysis of people who evaluate economists, and the socioeconomic impacts, through the ideas and the great liberal studies already laure with the Nobel.

Key-Words: Cannabis, Legislative, Judiciary, Freedom, Life.

### 1. INTRODUÇÃO.

A discussão sobre o uso da cannabis para fins medicinais tem evoluído nos últimos anos no Brasil, em particular por causa das regulações propostas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), com destaque para a RDC nº 327/2019 (que pode ser considerada a principal norma com relação ao tema), já que permitiu avançar pontos que até então eram obscuros para fabricantes, importadores, médicos e os próprios pacientes, contribuindo para o aprimoramento do sistema, e também do marco regulatório da

cannabis que advém da possibilidade de aprovação e promulgação do Projeto de Lei nº 399/2015, que propõe alterar o artigo 2º da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a atual Lei de Drogas, para viabilizar o cultivo, processamento, pesquisa, produção, industrialização, manipulação, comercialização, etc. de produtos à base da planta do gênero cannabis.

A cannabis se trata de uma das plantas mais antigas de que o homem tem conhecimento com relatos de usufruto de mais de 4 mil anos, quando a mesma foi mencionada na Farmacopeia Chinesa, se propagando posteriormente da China à Índia para o norte da África, chegando à Europa cerca de meio milênio depois de Cristo e por fim à América, sendo suas principais utilizações como fonte de fibra, confeccionamento de cordas. Seu óleo era utilizado para fabricar tintas enquanto suas sementes eram usadas como ração para o gado (McGUIGAN, 2006).

Diante dos grandes benefícios medicinais que vem sendo comprovados pela ciência alcançados por pacientes que precisam fazer seu uso contínuo (seja por extratos industrializados, preparados ou por meio de óleo artesanal) não há dúvidas e consenso acerca da necessidade urgente de uma política ao acesso terapêutico da cannabis.

## **2. PRÓS CIENTÍFICO-ECONÔMICOS.**

Conforme análises dos neurocientistas Sidarta Ribeiro e Renato Malcher-Lopes, várias possibilidades de uso medicinal para a Cannabis já são conhecidas, entre elas está sua capacidade sedativa e músculo relaxante, capaz de não só potencializar a ação de opioides, diminuindo seus efeitos colaterais em portadores de dor crônica como também de restaurar o apetite e o controle das náuseas e vômitos. Seu uso medicinal, apesar de dúvidas e restrições, hoje é permitido em alguns estados americanos e em países como Holanda e Bélgica, para aliviar sintomas relacionados ao tratamento de câncer, AIDS, esclerose múltipla e Síndrome de Tourette. (MALCHER-LOPES; RIBEIRO, 2007).

A eficácia do uso da planta *cannabis sativa* para fins medicinais, também foi alvo de estudo aberto realizado em 1986 na África do Sul, a qual descreveu que doze pacientes internados em ambientes hospitalares foram tratados diariamente com 200mg de canabidiol puro, não responderam ao tratamento para convulsão (DEVINSKY et al, 2014).

Em 1980, foi realizado um estudo na Escola Paulista de Medicina, Cunha et al. (1980) no qual avaliaram o efeito do canabidiol em 15 indivíduos com diagnóstico de epilepsia focal temporal com generalização secundária. Durante quatro meses, oito destes receberam 200 a 300 mg de canabidiol e os outros receberam placebo. Quatro dos indivíduos que receberam canabidiol ficaram livres de crises, três melhoraram e em um a substância não modificou as crises epiléticas. Os sete indivíduos que receberam placebo ficaram com suas crises inalteradas (CUNHA et al., 1980).

O primeiro simpósio relacionado ao assunto no Brasil que foi realizado em São Paulo o "*Cannabis sativa L. e Substâncias Canabinóides em Medicina*" em 2004, reuniu especialistas no assunto para discutir o uso medicinal da cannabis, no qual vários dos presentes relataram suas experiências na liberação, em países como Holanda, Nações Unidas e Áustria reafirmando serem favoráveis ao seu uso de forma medicinal. Nestes países os avanços científicos deixaram evidentes suas vantajosas propriedades medicinais (CARLINI et al., 2005).

A morosidade do poder legislativo em atender ao clamor dos milhões de brasileiros que necessitam do uso medicinal da cannabis, além de repercutir de forma mais intensa nos custos da aquisição do produto medicinal tem a grande capacidade de aumentar os estímulos econômicos que giram em torno da planta. Conforme estudo da Associação Brasileira das Indústrias de Cannabis (Abicann), estipula-se que o mercado da cannabis no Brasil possa gerar até 300 mil empregos. Segundo levantamento publicado na revista Forbes<sup>235</sup>, o Brasil pode atrair cerca de US\$ 30 bilhões em 10 anos, podendo movimentar R\$ 26,1 bilhões no Brasil até 2025 que, infelizmente depende da boa vontade dos legisladores para regulamentarem a matéria. Para se ter uma ideia, a indústria da maconha já tem mais trabalhadores que dentistas e médicos nos EUA, conforme estudo publicado no jornal Washington Post<sup>236</sup>.

Conforme supracitado, para vários economistas a guerra às drogas não passa de uma guerra fracassada aonde já temos o vencedor (Estado), e o perdedor (indivíduo/sociedade), extraído de ensinamentos do economista vencedor do prêmio Nobel Gary Becker, tal guerra é o que ele chama de "paradoxo da guerra contra às drogas".<sup>237</sup> Tal ideia parte a premissa de que, a apreensão de drogas diminui sua oferta disponível, entretanto, sua demanda continua quase que intacta o que faz com que seu preço e sua margem de lucro subam, ou seja, margens maiores de lucros atraem novos agentes (traficantes) além de financiarem compras de armas e despistes para a polícia, sendo esta a razão para o número de viciados em drogas se manter constante nos últimos 50 anos nos Estados Unidos<sup>238</sup>, a despeito dos investimentos cada vez maiores no combate ao tráfico de drogas.

Para Milton Friedman, economista também laureado com o prêmio Nobel de economia, ao combater com violência o tráfico de drogas, o Estado faz uma seleção adversa, permitindo que apenas os traficantes mais violentos, corruptos e poderosos

---

235 <https://forbes.com.br/forbes-money/2021/06/exclusivo-mercado-de-cannabis-pode-movimentar-r-261-bilhoes-no-brasil-ate-2025-com-regulamentacao/>

236 <https://www.washingtonpost.com/business/2021/09/24/marijuana-dispensaries-jobs/>

237 <https://volokh.com/2013/01/05/gary-becker-and-kevin-murphy-on-the-failure-of-the-war-on-drugs/>

238 <https://www.theatlantic.com/national/archive/2012/10/chart-says-war-drugs-isnt-working/322592/>

continuam nesse mercado, sendo um arranjo que beneficia diretamente o crime organizado, por fazer que a ação estatal proteja cartéis e facções criminosas.

Confirmando o argumento de Friedman, em 2014, uns trios de economistas britânicos estudaram um experimento feito pela polícia de Londres que, por um determinado lapso temporal deixou de combater o tráfico de maconha no bairro de Lamberth. A conclusão foi que a estratégia foi responsável por diminuir o número medido pelo número de ocorrências de outros crimes e aumentar a eficiência da polícia (medida pelo número de prisões e casos elucidados) no seu combate<sup>239</sup>.

Outro estudo feito em 2017 corroborou a tese<sup>240</sup>.

Ou seja, de acordo com os estudos e ideias, os economistas acreditam que recursos são escassos, logo, cada centavo ou tempo investido em uma atividade não pode ser investido em outra – e isso também se aplica à polícia. O tempo e dinheiro investidos na guerra às drogas são tempo e dinheiro não investidos no combate de crimes como homicídio, estupro e roubo.

### **3. DECISÕES JUDICIAIS FRENTE À MORA LEGISLATIVA.**

Em 2014 uma criança brasileira de 05 anos que sofria de epilepsia refratária conseguiu na justiça com decisão proferida pela 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal o direito à importação do óleo canabidiol dos Estados Unidos (**autos nº 24632-22.2014.4.01.3400**). Desde então de tal referida decisão várias pessoas (não só as com epilepsia) começaram a buscar o judiciário como forma de acesso ao direito do uso da planta para fins medicinais.

Já em 2021 uma mulher com fibromialgia foi autorizada a plantar cannabis para uso medicinal, sendo a fibromialgia é uma síndrome reumatológica que causa dor e fraqueza muscular generalizada. A paciente tentou diversos medicamentos, mas eles não surtiram efeito e a recomendação médica foi o tratamento com cannabis e em sua decisão o magistrado ressalta a demora dos congressistas em legislarem um tema que já é recorrente e urgente

“como a União, por meio da Anvisa, ainda se mostra omissa na respectiva regulamentação, cabe ao Poder Judiciário suprir a lacuna, quando a ele trazida demanda que o exigir”.<sup>241</sup>

---

239 <https://www.ucl.ac.uk/~uctpimr/research/depenalization.pdf>

240 <https://ftp.iza.org/dp10522.pdf>

241 <https://www.conjur.com.br/dl/paciente-fibromialgia-autorizada.pdf>



Tal decisão foi confirmada posteriormente pelo colegiado, no qual o juiz relator Ademar Sternaldt ressaltou que as “propriedades terapêuticas do canabidiol vêm sendo exaustivamente comprovadas nos últimos anos” 242.

Ainda em 2021 a 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo concedeu em liminar um habeas corpus para permitir que um homem com transtorno de ansiedade generalizada pudesse plantar maconha em sua casa para fins medicinais (**Processo: 5003951-41.2021.4.03.6181**).

#### **4.CONCLUSÃO.**

Conforme foi demonstrado acima, o uso medicinal da cannabis sativa já é usado há milhares de anos pela humanidade e hoje, mais do que nunca (já que temos estudos científicos avançados e mais concretos com o avanço da tecnologia) o seu uso para fins medicinais já se mostrou mais do que essencial. Se antes a questão se mantinha completamente indiscutível da seara criminal, exigindo dos interessados o ajuizamento de *Habeas Corpus* para preservação da liberdade em face dos riscos envolvidos na busca pelo acesso a esses medicamentos, hoje se revela uma nova fase, na qual as barreiras entre a necessidade desse tipo de tratamento e sua obtenção esbarram em obstáculos, sobretudo, administrativos e orçamentários dos governos.

Além das inúmeras vantagens em tratamentos médicos e bem-estar dos pacientes, com uma legislação mais específica e bem fundamentada o que se espera é que cresçam as possibilidades de negócios com relação ao uso da cannabis em benefício de pacientes/indivíduos que necessitam de seu uso. Faz se necessário mencionar ainda, a possibilidade de aumento do rol para investidores nacionais e estrangeiros, inclusive com relação à importação e exportação de medicamentos e produtos que tenham cannabis na composição.

O Estado brasileiro, infelizmente, mesmo em pleno século XXI e com todos os avanços tecnológicos e científicos ainda permanece um Estado arcaico, preconceituoso e moroso, o que faz com que o poder judiciário tenha que intervir nessa esfera por falta de competência e vontade dos legisladores.

Conforme Milton Friedman explanou em sua entrevista para o jornalista Randy Page no “America’s Drug Forum”<sup>243</sup>

**“A criança que é baleada em uma troca de tiros, em um tiroteio aleatório, é uma vítima inocente em todas as definições possíveis. A pessoa que decide usar drogas**

242 <https://www.conjur.com.br/2021-set-05/liminar-confirmada-paciente-plantar-cannabis-casa>

243 <https://www.aei.org/carpe-diem/milton-friedman-interview-from-1991-on-americas-war-on-drugs/>

**não é uma vítima inocente. Ela escolheu ser uma vítima. E, eu devo dizer, tenho muito menos simpatia por ela. Eu não acredito que seja moral impor custos tão pesados para a sociedade apenas para proteger as pessoas das suas próprias escolhas”.**

Em resumo, para Friedman, como sociedade, não deveríamos admitir o risco de balar crianças inocentes apenas para impedir que indivíduos tomem suas próprias escolhas erradas, ou seja, não cabe a nós como indivíduos da sociedade ou os legisladores, dizer se pode ou não pode alguém usar a cannabis, ainda mais em casos de doenças no qual os peritos do assunto já fazem tal recomendação, e, se cabe a alguém tal matéria pra ser regulamentada, por que não o faz? Frente a tal vagariedade que o Estado brasileiro tem quase sempre em legislar e/ou regulamentar matérias de grande relevância direta e indireta pra sociedade já que aqui estamos tratando de um dos maiores direitos inerentes no ordenamento jurídico que é o direito à vida, quem perde é a população de várias formas, seja ela econômica ou social.

Ainda que o PL 399/2015 não represente a legislação mais liberal com relação ao uso da cannabis, com a sua aprovação o Brasil passará a pelo menos ter uma legislação específica e consolidada sobre o tema, não dependendo do poder judiciário para “invadir” a competência legislativa. Além do mais, com as inúmeras vantagens em tratamentos médicos e bem-estar dos usuários, espera-se que aumente-se exponencialmente as possibilidades de negócios com relação ao uso da cannabis, aumentando investimentos, gerando produção, empregos, riqueza e o principal, à vida !

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

CARLINI, E.A.; RODRIGUES, E.; GALDURÓZ, J.C.E. Cannabis sativa L. e substâncias canabinóides em medicina. São Paulo: CEBRID - Centro Brasileiro de Informações Sobre Drogas Psicotrópicas, 2005.

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=4230023C06C1F61136E9A9D65C20915F.proposicoesWebExterno2?codteor=1640971&filename=Avulso+-PL+399/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4230023C06C1F61136E9A9D65C20915F.proposicoesWebExterno2?codteor=1640971&filename=Avulso+-PL+399/2015)

CUNHA, MJ; CARLINI, EA; PEREIRA, AE. Chronic administration of cannabidiol to healthy volunteers and epileptic patients. *Pharmacology*. 1980; 21: 175-185

DEVINSKY, O., CILIO, M.R., CROSS, H., FERNANDEZ-RUIZ, J., FRENCH, J., HILL,

<https://forbes.com.br/forbes-money/2021/06/exclusivo-mercado-de-cannabis-pode-movimentar-r-261-bilhoes-no-brasil-ate-2025-com-regulamentacao/>

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-da-diretoria-colegiada-rdc-n-327-de-9-de-dezembro-de-2019-232669072>

MCGUIGAN, M.CANNABINOIDS. In: GOLDFRANK, L.R. et al. Toxicologic emergencies. 8.ed., Nova York: McGraw-Hill, 2006. .

MALCHER-LOPES, R.; RIBEIRO, S. Maconha, Cérebro e Saúde. RJ, Vieira & Lent, 2007

<https://sincofarma.org.br/noticias/mercado-canabico-brasileiro-pode-gerar-us30-bilhoes-ate-2030/>

<https://www.washingtonpost.com/business/2021/09/24/marijuana-dispensaries-jobs/>

## **BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NA CONVENÇÃO DE BUDAPESTE E A INVESTIGAÇÃO E PERSECUÇÃO DE CRIMES CIBERNÉTICOS**

**JÚNIOR DA SILVA GARCEZ:** Pós-Graduando em Direito Internacional e Direitos Humanos pelo Centro Universitário e Faculdades Uniftec (UNIFTEC). Pós-Graduando em Direitos Difusos e Coletivos pela Faculdade Complexo de Ensino Renato Saraiva(CERS). Extensão universitária "O Ministério Público Como Garantia Fundamental e o Processo Estrutural" pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (ESMPSP). Graduado em Direito pelo Instituto Luterano de Ensino Superior de Porto Velho/RO (ILES/ULBRA). Assistente Jurídico de Promotorias de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia.

**Resumo:** Analisa-se, neste brevíssimo estudo, os principais aspectos do tema referente à cooperação jurídica internacional em matéria penal no contexto da Convenção Sobre o Cibercrime, também conhecida como Convenção de Budapeste, tratado de abrangência internacional adotado no âmbito do Conselho da Europa e ainda não plenamente ratificado pelo Brasil, que confere prioridade aos Estados partes para a implementação de uma política criminal comum, que objetiva a proteção da sociedade contra a criminalidade no ciberespaço, por intermédio de uma legislação adequada e do incremento da cooperação jurídica entre os Estados para fins de investigação e persecução das recorrentes condutas delitivas praticadas por meio de sistemas informáticos.

**Palavras-chave:** Cooperação Internacional. Criminalidade Cibernética. Conselho da Europa. Tratado Internacional.

**Abstract:** This brief study analyzes the main aspects of the theme concerning international legal cooperation in criminal matters in the context of the Convention on Cybercrime, also known as the Budapest Convention, an international treaty adopted by the Council of Europe and not yet fully ratified by Brazil, which gives priority to the states parties for the implementation of a common criminal policy that aims to protect society against criminality in cyberspace, through appropriate legislation and increased legal cooperation between states for the purpose of investigation and prosecution of recurrent criminal conducts committed through computer systems.

**Keywords:** International Cooperation. Cyber Crime. Council of Europe. International Treaty.

**Sumário:** *Introdução. 1. Advento de Uma Convenção Internacional Sobre (e Contra) a Criminalidade Cibernética. 2. Elementos Estruturais e Cooperação Jurídica Internacional na Convenção de Budapeste. 3. Investigação e Persecução Penal de Crimes Cibernéticos no Âmbito Nacional. 4. Conclusão. Referências Bibliográficas.*

## **INTRODUÇÃO**

O estudo aqui apresentado tem por fim esclarecer os principais elementos relativos à cooperação jurídica internacional em matéria penal no contexto da Convenção Sobre o Cibercrime, também conhecida como Convenção de Budapeste, tratado internacional adotado pelo Conselho da Europa no ano de 2001, cujo eixo de aplicação finca-se no combate global à vultosa criminalidade praticada no chamado ciberespaço, e que, enfim, encontra-se atualmente em processo formal de incorporação no Brasil.

Como forma de facilitar a compreensão sobre o tema, parte-se do princípio, em que enunciou-se a necessidade de se elaborar uma convenção internacional hábil a intensificar a cooperação entre Estados diante das profundas mudanças provocadas pela digitalização, pela convergência e pela globalização permanente das redes informáticas.

Traz-se, em seguida, uma descrição da estrutura da Convenção de Budapeste, partindo dos elementos contidos no texto do próprio tratado, que consagra diversas especificidades pertinentes à prática de infrações penais em redes informáticas e de informação eletrônica, passando-se à análise da cooperação jurídica internacional em matéria penal entre Estados e indústria privada como medida de contenção à cibercriminalidade.

Em última análise, apresenta-se o estado atual do assunto referente à investigação e à persecução penal no âmbito nacional, especialmente no contexto legislativo, bem como a quantas anda a discussão em torno da urgência de se adotar internamente a Convenção de Budapeste, haja vista que os sistemas informáticos, no Brasil, tem sido meio hábil para a prática de diversas e específicas formas de delitos, o que implica na ausência de instrumental jurídico apto a permitir uma persecução penal efetiva, no aumento da insegurança no ciberespaço e na redobrada dificuldade no plano da prevenção.

### **1. ADVENTO DE UMA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE (E CONTRA) A CRIMINALIDADE CIBERNÉTICA**

A chamada cibercriminalidade é, na atualidade, mais do que uma realidade. Tal como um vírus que somente necessita de um ambiente ou de um organismo vivo para fortalecer-se e espalhar-se, o crime encontrou no ciberespaço o ambiente e organismo propício para transformar-se, exatamente como afirmou Alfredo Niceforo há exatos cento

e vinte anos na obra *La Transformación Del Delito en la Sociedad Moderna*, de 1902, no sentido de que “o crime não morre: transforma-se” (1902, p. 03).

A criminalidade tradicional, de sangue, das esquinas e dos subúrbios, não perdeu espaço; continua tão intensa quanto outrora. Mas o progresso técnico deu lugar à adoção de novas técnicas que permitem a produção de resultados igualmente lesivos, o que fez surgir modalidades delitivas dolosas que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. E, seguramente, a criminalidade associada aos meios informáticos e à Internet é sem dúvidas o mais evidente traço de tal evolução.

Sabe-se que a Internet teve origem na década de 1960 do século XX, como uma forma de os pesquisadores do governo norte-americano compartilharem informações. Outro elemento preponderante na formação da Internet foi o Guerra Fria. O lançamento do satélite Sputnik pela União Soviética estimulou o Departamento de Defesa dos Estados Unidos a considerar informações que ainda poderiam ser disseminadas, mesmo após um possível ataque nuclear, o que findou levando à formação da ARPANET (*Advanced Research Projects Agency Network*, ou Rede de Agências de Projetos de Pesquisa Avançada), rede que acabou evoluindo para o que hoje é conhecida como Internet.

No entanto, considera-se 1º de janeiro de 1983 como o aniversário oficial da Internet, pois antes disso as redes de computadores não tinham uma maneira padrão de se comunicarem e, no referido dia, um novo protocolo de comunicação foi estabelecido, denominado Protocolo de Controle de Transferência/Protocolo de Rede (TCP/IP). Isso permitiu que diferentes tipos de computadores em diferentes redes “interagissem” entre si, de forma que a ARPANET e a *Defense Data Network* mudaram oficialmente para o padrão TCP/IP em 1º de janeiro de 1983, daí o dito nascimento da Internet.

Na atualidade, a Internet é uma infraestrutura de informação ultradifundida. Sua história é complexa e envolve diversos aspectos, desde os tecnológicos aos organizacionais e comunitários. E sua influência atinge não apenas os campos técnicos das comunicações por intermédio de redes de computadores, mas toda a sociedade, à medida que avança-se em direção ao uso crescente de ferramentas online para realizar comércio eletrônico, aquisição de informações e operações comunitárias.

E a poder de expansão dos meios de comunicação no que passou a denominar-se de ciberespaço não demorou a servir de instrumento para a disseminação e criação de condutas delitivas em suas mais variadas formas, do crime organizado ao estelionato, de crimes sexuais (alguns dos quais somente se consumam via Internet) à lavagem de dinheiro. Um mundo cibernético paralelo e criminógeno tem nas redes computacionais um ambiente perfeito, tão mais problemático se visualizar-se a questão no plano global, haja vista que o ciberespaço facilita a prática de um número considerável de condutas entre diferentes países que, a princípio, haveriam de ficar presos às amarras de suas jurisdições.

Consoante precisa observação de Jesús-María Silva Sánchez (2011, p. 36):

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional (a cometida com dolo direto ou de primeiro grau), a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informativos e à internet (a chamada *ciberdelinquência*), é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução. Nessa medida, acresce-se inegavelmente a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de *criminalidade organizada*, que operam internacionalmente e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados).

Mas a comunidade internacional não poderia permanecer inerte diante de tão flagrante disseminação. Enquanto o cibercrime e outras ofensas que envolvem evidências eletrônicas em sistemas computacionais prosperam, além de as evidências passarem a ser armazenadas em servidores presentes em jurisdições estrangeiras, múltiplas e às vezes desconhecidas, os sistemas de aplicação da lei findam por encontrar barreiras nos limites territoriais, de forma que apenas uma pequena parcela dos crimes cibernéticos denunciados às autoridades da justiça criminal conduz a processos judiciais e condenações e, na maioria das vezes, as vítimas não obtém a justiça necessária.

Sendo certo que o cibercrime transita pelas redes há pelo menos 50 anos, do ponto de vista do Direito Penal e Processual Penal, tornou-se suficientemente importante como justificativa para um tratado internacional vinculativo, pelo que o Conselho da Europa (*Council of Europe*) começou a trabalhar nas respostas da justiça criminal ao crime cibernético a partir de meados da década de 1980, percebendo que a questão do cibercrime estava muito além das fronteiras de um único Estado.

Em 1997, então, o Conselho da Europa decidiu que chegara o momento de negociar um tratado internacional vinculante sobre o crime cibernético. Os Estados membros do Conselho da Europa, juntamente com Canadá, Japão, África do Sul e Estados Unidos da América, mobilizaram-se para constituir uma convenção internacional cujo eixo central seria o caráter prioritário, uma política criminal comum, com o objetivo de proteger a sociedade contra a criminalidade no ciberespaço, designadamente, por intermédio da adoção de legislação adequada e da melhoria da cooperação internacional.

Então, em 23 de novembro de 2001, na cidade de Budapeste, Hungria, foi adotada a denominada Convenção Sobre o Crime Cibernético, ou Convenção de Budapeste, sendo que, a partir deste ponto, passou a ser o acordo internacional mais relevante sobre crimes

cibernéticos e evidências eletrônicas, que prevê a criminalização de infrações contra e praticada por meio de computadores, ferramentas de direito processual para proteger provas eletrônicas e, especialmente, instrumentos específicos para a cooperação internacional entre os Estados partes para fins de investigação e persecução penal.

De acordo com o Conselho da Europa, não se trata tão somente de um tratado sobre crimes cibernéticos. Também permite o exercício de poderes processuais e de mecanismo de cooperação internacional em relação a qualquer delito que implique prova eletrônica. Por isso, graças à sua linguagem neutra em termos de tecnologia, a Convenção de Budapeste tem fornecido respostas aos desafios complexos do crime no ciberespaço desde 2001 e, mais de vinte anos depois, continua ser o principal tratado internacional em matéria de crimes praticados no ciberespaço, com ambição global e está em constante evolução.

Por conta disso, desde o ano de 2001, a Convenção de Budapeste está aberta à adesão de qualquer país que esteja preparado para implementar suas disposições e se engajar na cooperação internacional, e muitos Estados fizeram e fazem uso de tal possibilidade, e com o Brasil não poderia ser diferente, embora um tanto tardiamente, como se observará.

Assim, tem-se que a Convenção sobre Crime Cibernético moldou, de várias maneiras, a resposta da justiça criminal internacional ao crime cibernético e às evidências eletrônicas, bem como no que refere aos instrumentos de captação de tais evidências. A referida Convenção teve impacto em todas as regiões do mundo, permitindo que os Estados apliquem este tratado na prática e se envolvam em uma cooperação internacional eficaz.

Conforme dados colhidos no sítio do Conselho da Europa, desde 2001, a legislação de crimes cibernéticos em todo o mundo foi consideravelmente moldada pela Convenção de Budapeste, direta ou indiretamente. Assim, em junho de 2021:

- i) cerca de 124 Estados (ou 64% dos Estados-Membros da ONU) parecem ter tido disposições do Direito Penal substantivo cobrindo infrações contra e por meio de computadores amplamente implementadas, ou seja, eles adotaram disposições nacionais específicas correspondentes à maioria dos crimes substantivos artigos da Convenção de Budapeste;
- ii) cerca de 48% dos Estados tinham poderes procedimentais específicos, em grande parte instituídos, semelhantes aos da Convenção de Budapeste;



iii) 40% dos Estados Membros da ONU eram Partes ou Signatários da Convenção de Budapeste ou haviam sido convidados a aderir. Esses 77 Estados eram, portanto, membros ou observadores do Comitê de Convenção sobre Crimes Cibernéticos. Há um progresso consistente em termos de afiliação.

Além disso, observa-se um forte diálogo dos Estados partes ou dos assim chamados pretensos Estados partes (os Estados observadores da Convenção de Budapeste, tal como o Brasil o foi por longos anos) com o Conselho da Europa, haja vista que há um Comitê da Convenção de Crimes Cibernéticos formado por uma grande rede de profissionais que participam de atividades de capacitação e que podem convocar uns aos outros quando necessário na investigação e no julgamento de casos que são de natureza transnacional, de modo que o benefício desses relacionamentos é incomensurável.

Ainda na diretriz do Conselho da Europa, a Convenção de Budapeste prevê mecanismos de cooperação internacional acessíveis a todas as Partes. Exemplos:

Um Estado parte observou que, como um país pequeno e pobre, não poderia encontrar os recursos para negociar todos os acordos bilaterais de que precisaria para obter dados eletrônicos rapidamente de todos os países dos quais pudesse precisar de assistência. No entanto, assim que aderiu à Convenção, dezenas de países parceiros foram imediatamente obrigados a prestar assistência. Esta perspectiva de conexões imediatas para possibilitar assistência foi um fator crucial na decisão deste país de buscar adesão.

Outro Estado parte acrescentou que, “uma vez que a maioria dos ataques cibernéticos são de natureza transnacional, a Convenção de Budapeste é indispensável para investigar os perpetradores de forma eficaz, especialmente para países pequenos, que não têm prestadores de serviços internacionais baseados em sua própria jurisdição”.

Desta feita, para o Conselho da Europa, os Estados que solicitam adesão podem se tornar países prioritários para programas de capacitação, cuja assistência técnica visa facilitar a plena implementação da Convenção, melhorar a capacidade de investigações e processos internos e aumentar a capacidade de cooperação internacional. Há doadores que estão frequentemente fornecendo recursos para apoiar os países neste empreendimento, em particular por meio do Escritório do Programa de Cibercrime do Conselho da Europa (C-PROC), constatando-se que, entre os meses de outubro de 2020 a setembro de 2021, o C-PROC apoiou cerca de 500 atividades em todo o mundo.

Os exemplos descritos abaixo podem ilustrar que, para os Estados comprometidos em aderir à Convenção de Budapeste, um apoio consistente está disponível para permitir que tais Estados apliquem a Convenção na prática e se envolvam em uma cooperação jurídica internacional em matéria penal eficaz:

i) O Sri Lanka adotou sua Lei de Crimes Informáticos em 2007. Essa lei foi amplamente modelada na Convenção de Budapeste. Em 2015, o Sri Lanka foi convidado a aderir à Convenção e tornou-se Parte deste tratado. Isso permitiu a implementação de um grande número de atividades com foco particular no treinamento de policiais, promotores e juízes no Sri Lanka. Em 2021, o Sri Lanka não é apenas um país prioritário que recebe apoio, mas também serve como um centro por meio do qual compartilha sua experiência e especialistas do Sri Lanka agora estão treinando profissionais em outros países da região da Ásia/Pacífico.

ii) Em 2011, o Senegal solicitou adesão à Convenção de Budapeste e foi convidado a aderir. Em 2017, o Senegal tornou-se parte da Convenção de Budapeste. A partir de 2013, o Senegal foi um país prioritário do projeto C-PROC GLACY, e em 2016 também se tornou um centro regional no âmbito do projeto GLACY+, compartilhando sua experiência com outros países da região.

iii) A República Dominicana adotou a Lei 53-07 sobre Crimes e Delitos de Alta Tecnologia, publicada em 23 de abril de 2007, que se baseia na Convenção de Budapeste. Em 2013, tornou-se o primeiro país da América Latina a aderir a este tratado como um partido. Em 2016, a República Dominicana não só se tornou um país prioritário do projeto GLACY +, mas também um centro para a América Latina e o Caribe.

Colocando em perspectiva tais situações, é fácil notar que a Convenção sobre Cibercriminalidade do Conselho da Europa serve como uma diretriz para qualquer país que esteja desenvolvendo ou tenha a intenção de desenvolver uma legislação nacional abrangente contra o crime cibernético e com uma estrutura de apoio para a cooperação internacional entre os Estados partes da Convenção.

Como reforço, a Convenção de Budapeste é complementada por um Protocolo Sobre Xenofobia e Racismo Cometidos por Meio de Sistemas de Computador, assinado em Estrasburgo em 28 de janeiro de 2003 e entrou em vigência em 1º de março de 2006, contando com 16 artigos e organizados em 04 capítulos que dispõem sobre a

criminalização da disseminação informática de caráter racista e xenofóbico, assim como sobre a criminalização de ameaças e insultos movidos por racismo e xenofobia.

Um segundo Protocolo Adicional à Convenção de Budapeste atualmente está em discussão no Conselho da Europa, que trata do aprimoramento da cooperação e divulgação de evidências eletrônicas. Segundo o Conselho da Europa, o Protocolo fornecerá ferramentas inovadoras para obter a divulgação de evidências eletrônicas, em especial: 1) Cooperação direta com prestadores de serviços (Artigos 6 e 7); 2) Formas aceleradas de cooperação entre as partes para a divulgação de informações de assinantes e dados de tráfego (Artigo 8); 3) Cooperação e divulgação rápida em situações de emergência (Artigos 9 e 10); 4) Ferramentas adicionais para assistência mútua (Artigos 11 e 12); e 5) Proteção de dados e outras salvaguardas do estado de direito (Artigos 13 e 14). Este Segundo Protocolo foi adotado em novembro de 2021 e prevê-se que seja aberto para assinatura em março de 2022.

Portanto, *o advento de uma convenção internacional sobre e contra a criminalidade cibernética tem na Convenção de Budapeste seu mais eficiente e principal instrumento*, sendo o primeiro tratado internacional sobre crimes cometidos por intermédio da Internet e outras redes de computadores, lidando particularmente com violações de direitos autorais, fraude relacionada a computadores, pornografia infantil e violações de segurança de rede, além de conter uma série de procedimentos para buscas em redes de computadores e interceptação, somados aos mecanismos de cooperação jurídica internacional.

E isso porque, até o momento, a Convenção de Budapeste continua sendo o tratado internacional vinculante mais relevante sobre crimes cibernéticos e evidências eletrônicas, utilizando-se preponderantemente de uma linguagem neutra em termos de tecnologia, não sendo apenas uma Convenção contra o crime cibernético, pois permite a utilização de poderes processuais e instrumentos de cooperação internacional em relação a qualquer ato infracional que implique prova eletrônica, cobrindo uma ampla gama de crimes e suas disposições são aplicáveis a *botnets, phishing, terrorismo virtual, roubo de identidade, malware, spam, DDOS, ataques de infraestrutura crítica, interferência eleitoral, ciberviolência, etc.*

Neste contexto, a Convenção prevê três esperas de incidência: (i) a criminalização da conduta, variando de acesso ilegal, interferência de dados e sistemas a fraude relacionada a computadores e pornografia infantil; (ii) ferramentas de direito processual para tornar a investigação de crimes cibernéticos e a obtenção de provas eletrônicas mais eficazes, sujeitas a condições e salvaguardas, e (iii) cooperação jurídica internacional eficaz.

Dados do Conselho da Europa sugerem que, até o momento, 66 países assinaram a Convenção de Budapeste, sendo que diversos Estados foram convidados a aderir ao

Tratado, prática que evidencia o diálogo cooperacional antes indicado. Junto a esse quadro, cerca de 150 países já cooperaram nos termos da Convenção e, até 30 de junho de 2021, 158 Estados no mundo já usaram a Convenção de Budapeste como uma diretriz ou fonte para a revitalização de sua legislação doméstica.

Entre os países convidados a aderir está o Brasil, o que se deu em 2019. Desde então, o país também tem utilizado a Convenção como inspiração para aperfeiçoar a legislação interna, uma vez que não há uma lei específica que regule de forma isolada questões relacionadas à prática de crimes cibernéticos.

Coerente, para além disso, que o Brasil não poderia permanecer anos a fio somente como mero observador da Convenção de Budapeste. Algo haveria de ser feito, e rápido, considerando a supermassiva utilização das redes informáticas no Brasil em todas as esferas da sociedade, dos negócios lícitos à mera interação entre pessoas, das fraudes cibernéticas às mais nocivas “condutas sexuais virtuais”.

Prosseguindo neste contexto, em boa hora, em 15 de dezembro de 2021, o Brasil aprovou a sua adesão à Convenção sobre o Crime Cibernético. Após passar pela Câmara dos Deputados, onde foi aprovado o Projeto de Decreto Legislativo (PDL) 255/21, o texto foi encaminhado ao Senado Federal, conforme rito formal de aprovação de tratados internacionais, casa na qual o Projeto de Decreto Legislativo 255/2021 também obteve aprovação, após o que se encontra em processo de promulgação interna.

O texto da Convenção de Budapeste foi aprovado no Congresso Nacional por intermédio do Decreto Legislativo nº 37 de 16/12/2021, que entrou em vigor na data de sua publicação e publicado no Diário Oficial da União de 17/12/2021.

Embora mais de vinte anos tenham se passado desde o advento da Convenção de Budapeste no ano de 2001 pelo Conselho da Europa, enfim, pouco resta para que o dito tratado internacional passe a ter aplicação no âmbito interno brasileiro, sendo certo que a iniciativa brasileira em ser parte da Convenção de Budapeste em muito contribuirá para o revigoramento da legislação interna sobre a proteção das redes (o que tem na Lei nº 12.965, de 2014, Marco Civil da Internet, uma importante estrutura legislativa para tal fim) e, principalmente, para o combate à criminalidade das redes computacionais e ao fortalecimento da cooperação internacional nessa área e da coordenação/diálogo entre os países.

## ***2. ELEMENTOS ESTRUTURAIS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NA CONVENÇÃO DE BUDAPESTE***

Ponto central da Convenção de Budapeste é o relativo aos instrumentos processuais e à cooperação jurídica internacional. Antes disso, porém, é necessário apresentar os elementos estruturais gerais da Convenção.

Bom que se diga que, no ato de se analisar um texto de um tratado internacional, em sua grande maioria deve-se dar especial atenção aos *Considerandos* do tratado. As considerações iniciais do tratado normalmente demonstram de forma direta a finalidade do acordo, os motivos que levaram ao acordo e o âmbito de proteção da norma internacional, percebendo-se dos *Considerandos* ao quê, a como e a quem se destina o tratado.

No caso da Convenção de Budapeste, o Preâmbulo evidencia que “o objetivo do Conselho da Europa é realizar uma união mais estreita entre os seus membros”, de forma a se intensificar a cooperação entre os Estados partes da Convenção.

Outra preocupação do Conselho da Europa exposta no Preâmbulo da Convenção é aquela relacionada às “profundas mudanças provocadas pela digitalização, pela convergência e pela globalização permanente das redes informáticas” e, por conta disso, a existência de um risco de que as redes informáticas e a informação eletrônica sejam igualmente utilizadas para cometer infrações criminais e o fato de que as provas dessas infrações sejam armazenadas e transmitidas por intermédio da Internet.

Os *Considerandos* também demonstram que reconheceu-se “a necessidade de uma cooperação entre os Estados e a indústria privada no combate à cibercriminalidade, bem como a necessidade de proteger os interesses legítimos ligados ao uso e desenvolvimento das tecnologias da informação”.

Neste ponto, já desde o princípio, é possível atentar para a questão de que a Convenção de Budapeste deu especial atenção às redes privadas, haja vista que basicamente nelas reside grande parte da criação e transmissão de conteúdos por meio da Internet, necessitando-se que haja o implemento de cooperação entre os Estados (no contexto público) e as empresas (no plano privado), o que a Convenção deixa expressamente assentado.

Outrossim, como não poderia deixar de ser, o Preâmbulo da Convenção assenta a necessidade de acreditar-se à cooperação jurídica internacional em matéria penal um meio acrescido, rápido e eficaz para “uma luta efetiva contra a cibercriminalidade”.

Junto a essa observação, bom que se diga que a cooperação jurídica internacional em matéria penal na Europa há muito avança, o que pode ser cotejado na seguinte passagem dos *Considerandos* da Convenção:

Tendo em conta as convenções existentes do Conselho da Europa

sobre a cooperação em matéria penal, bem como outros tratados similares celebrados entre os Estados membros do Conselho da Europa e outros Estados, e sublinhando que a presente Convenção tem por finalidade complementar as referidas convenções, de modo a tornar mais eficazes as investigações e as ações penais relativas a infrações penais relacionadas com sistemas e dados informáticos, bem como permitir a recolha de provas em forma eletrônica de uma infração penal.

Observa-se que há um claro objetivo da Convenção em empregar esforços mútuos entre os Estados partes para fazer avançar as medidas para a implementação de uma rede cooperativa hábil tendo devidamente em conta as exigências específicas da luta contra a cibercriminalidade, a fim de aproximar as legislações nacionais e de permitir a utilização de meios de investigação eficazes em matérias de crimes informáticos.

Deste modo, feita essa breve apresentação, verifica-se que no geral, a Convenção de Budapeste tem 48 artigos, cuja organização é disposta em quatro capítulos: Capítulo I – Terminologia; Capítulo II – Medidas a Tomar a Nível Nacional; Capítulo III – Cooperação Internacional; e Capítulo IV – Disposições Finais.

No corpo da Convenção há normas de Direito Penal material e processual, divididas entre as Seções 1 e 2 do Capítulo II, sendo que pelas normas de Direito Penal material cada Parte adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para estabelecer como infração penal, no seu direito interno, o acesso intencional e ilegítimo à totalidade ou a parte de um sistema informático (Artigo 2º), e pelas normas de Direito Processual cada parte adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias, para instituir os poderes e procedimentos para fins de investigação ou de procedimento penal (Artigo 14º).

Esta parte da Convenção de Budapeste concilia a visão de uma Internet livre, onde a informação pode fluir livremente e ser acessada e compartilhada, com a necessidade de uma resposta eficaz da justiça criminal em casos de uso indevido. As restrições são definidas de forma restrita: apenas infrações criminais específicas são investigadas e processadas, e dados específicos que são necessários como provas em processos criminais específicos são protegidas sob proteção dos direitos humanos e do estado de direito.

A Convenção abrange tanto os crimes cibernéticos classificados de “próprios” (crimes voltados à inviolabilidade e uso indevido de dados e informações cibernéticas em si, como o acesso não autorizado) quanto os “impróprios” (crimes contra bens jurídicos diversos cometidos por meio da informática, como, por exemplo, crimes contra a honra, armazenamento de imagens de pedofilia, violação a direitos autorais on-line).

Como o título do artigo deixa expresso, o ponto fulcral de análise é aquele pertinente ao Capítulo III da Convenção de Budapeste, que dispõe sobre as normas de cooperação jurídica internacional em matéria penal, dos artigos 23º ao 35º.

Para fins didáticos, conceitua-se cooperação jurídica internacional em matéria penal como o “conjunto de medidas e mecanismos pelos quais órgãos competentes dos Estados solicitam e prestam auxílio recíproco para realizar, em seu território, atos pré-processuais ou processuais que interessem à jurisdição estrangeira na esfera criminal” (ABADE, 2013, p. 27). Objetiva-se, assim, a facilitação do direito de acesso à justiça penal, por intermédio da colaboração entre Estados, pois os meios digitais não respeitam fronteiras.

Feito esse esclarecimento, analisando o texto convencional, a matéria relativa à cooperação jurídica internacional é inicialmente regida por princípios gerais, pelo que

As Partes cooperarão entre si, em conformidade com as disposições do presente capítulo, em aplicação dos instrumentos internacionais pertinentes sobre a cooperação internacional em matéria penal, de acordos celebrados com base nas legislações uniformes ou recíprocas, e do seu direito nacional, na medida mais ampla possível, para efeitos de investigações ou de procedimentos relativos a infracções penais relacionadas com sistemas e dados informáticos, ou para recolher provas sob a forma eletrônica de uma infração penal (Artigo 23º).

A Seção 1 do Capítulo III é dividida em títulos, assim sendo: Título 1 – Princípios gerais relativos à cooperação internacional: Princípios gerais relativos à cooperação internacional (Artigo 23º); Título 2 – Princípios relativos à extradição: Extradicação (Artigo 24º); Título 3 – Princípios Gerais relativos ao auxílio mútuo: Princípios gerais relativos ao auxílio mútuo (Artigo 25º); e Título 4 – Procedimentos relativos aos pedidos de auxílio mútuo na ausência de acordos internacionais aplicáveis: Procedimentos relativos aos pedidos de auxílio mútuo na ausência de acordos internacionais aplicáveis (Artigo 27º).

Já a Seção 2 enuncia as disposições específicas sobre a cooperação jurídica internacional em matéria penal, também dividida em títulos, quais sejam: Título 1 – Auxílio mútuo em matéria de medidas provisórias; Título 2 – Auxílio mútuo relativamente a poderes de investigação; e Título 3 – Rede 24/7.

A primeira espécie cooperacional disposta na Convenção de Budapeste é a extradição. Esta é “espécie da cooperação jurídica internacional em matéria penal que visa a entrega de indivíduo para determinado Estado solicitante, para fins de submissão a processo penal ou à execução de pena criminal” (ABADE, 2013, p. 50).

O princípio da dupla punibilidade se faz também presente em matéria extradicional, pois os dispositivos da Convenção somente são aplicados “desde que sejam puníveis na legislação de duas Partes envolvidas, por uma pena privativa de liberdade por um período máximo de, pelo menos um ano ou através de uma pena mais grave” (Artigo 24º, 1. a).

Por sua vez, o artigo 24º, 3, dispõe que:

3. Quando uma Parte condicionar a extradição à existência de um tratado e receba um pedido de extradição de outra Parte com a qual não tenha celebrado qualquer tratado de extradição, pode considerar a presente Convenção como base jurídica para a extradição relativamente a qualquer infração penal referida no n.º 1 do presente artigo.

Além disso, as Partes que não condicionem a extradição à existência de um tratado, reconhecerão entre si as infrações penais referidas no n.º 1 do presente artigo como infrações passíveis de extradição (Artigo 24º, 4) e a extradição ficará sujeita às condições previstas pelo direito interno da Parte requerida ou pelos tratados de extradição aplicáveis, incluindo os fundamentos com base nos quais a Parte requerida pode recusar a extradição (Artigo 24º, 5).

Sendo assim, o regime extradicional previsto na Convenção de Budapeste deve, no Brasil, obedecer à sistemática prevista na Constituição Federal de 1988, em seus arts. 5º, incisos LI e LII, e 102, inciso, I, “g”; na Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração), arts. 81 a 99; no Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017, arts. 262 a 280; e na Portaria 217, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, de 27 de fevereiro de 2018, cujo objetivo é o aprimoramento do fluxo de tramitação dos pedidos de extradição, com a previsão dos procedimentos da extradição passiva (artigo 7º a 15) e ativa (artigo 21 a 25).

Prosseguindo, o artigo 25º da Convenção trata do auxílio mútuo. Este tem por objetivo a celeridade na troca de informações e documentos, para efeito de investigações ou de procedimentos relativos à infrações relacionadas com os sistemas e dados informáticos, ou para efeitos de recolhimento de provas (Artigo 25º, 1).

Em caso de urgência, cada Parte pode formular os pedidos de auxílio mútuo ou comunicações com ele relacionadas, por intermédio de meios de comunicação rápidos, tais como o fax ou o correio eletrônico, desde que tais meios ofereçam condições de segurança e de autenticação (incluindo, se necessário, o uso da encriptação) com posterior confirmação oficial sempre que o Estado requerido o exigir. O Estado requerido aceitará o pedido e responderá por meio de qualquer desses meios de comunicação rápidos (Artigo 25º, 3).



Da mesma forma, as normas de direito interno dos Estados devem ditar as condições a que se sujeitarão os pedidos de auxílio mútuo, incluindo os fundamentos com base nos quais o Estado parte pode recusar um pedido de cooperação via auxílio mútuo, o que não deve ser interpretado de modo absoluto, pois a Convenção veda que o Estado parte exerça seu direito de recusa somente com base na alegação de ser a infração de natureza fiscal (Artigo 25º, 4).

Outro ponto relevante, simetricamente à extradição, é que

5. Quando em conformidade com as disposições do presente capítulo, a Parte requerida estiver autorizada a subordinar o auxílio mútuo à existência de dupla incriminação, esta condição será considerada como satisfeita se o comportamento que constitui a infração relativamente à qual foi efetuado o pedido de auxílio, for qualificado como infração penal pelo seu direito interno, quer o direito interno classifique ou não a infração na mesma categoria de infrações ou a designe ou não pela mesma terminologia que o direito da Parte requerente (Artigo 25º, 5).

De forma inovadora, a Convenção estabelece em seu artigo 26º, 1, o procedimento de informação espontânea, que consiste na faculdade de um Estado parte poder comunicar a outro Estado parte, dentro dos limites da sua legislação nacional e na ausência de pedido prévio, informações obtidas no quadro das suas próprias investigações, sempre que considerar que tal pode ajudar a Parte destinatária a iniciar ou a levar a cabo investigações ou procedimentos relativos a infracções penais.

A este procedimento pode ser atribuída grande importância, especialmente em se tratando de crimes informáticos de caráter transnacional, que lesionam bens jurídicos em diferentes jurisdições, o que demonstra que a Convenção almeja a máxima efetividade dos meios cooperacionais entre Estados.

Ainda, a Convenção de Budapeste traz um título específico sobre os procedimentos relativos aos pedidos de auxílio mútuo caso ausente acordos internacionais aplicáveis entre os Estados partes interessados. Segundo consta do artigo 27º, 1:

1. Na ausência de tratado de auxílio mútuo ou de acordo de que se baseie em legislação uniforme ou recíproca em vigor entre a Parte requerente e a Parte requerida, serão aplicáveis as disposições dos n.ºs 2 a 9 do presente artigo. Não serão aplicáveis se existir um tratado, um acordo, ou legislação deste tipo, a menos que as Partes em causa decidam aplicar em sua substituição o presente artigo no todo ou em parte.

O artigo 28º dispõe sobre as medidas de confidencialidade e restrição de utilização pois, na ausência de tratados ou acordos de auxílio judiciário mútuo celebrados com base em legislações uniformes ou recíprocas em vigor entre a Parte requerente e a Parte requerida, serão aplicáveis as disposições em questão. Por outro lado, estas não serão aplicáveis quando exista um tratado, um acordo ou legislação daquele tipo, exceto se as Partes envolvidas decidirem aplicar em sua substituição a presente disposição no todo ou em parte.

O procedimento de auxílio mútuo (sem dúvidas o mais relevante do ponto de vista dos propósitos da Convenção de Budapeste), têm disposições específicas na Seção 2 que trata do auxílio mútuo em matéria de medidas provisórias.

O artigo 29º, como medida de urgência, enuncia sobre a conservação de dados informáticos armazenados, dispondo que uma Parte pode pedir a outra Parte que ordene ou obtenha de outra forma a conservação rápida dos dados armazenados por meio de um sistema informático, que se encontre no território da outra Parte, e relativamente aos quais a Parte requerente pretenda apresentar um pedido de auxílio mútuo para fins de busca ou de acesso similar, apreensão ou obtenção por meio similar, ou divulgação dos dados.

Tal pedido há de especificar:

- a) A autoridade que pede a conservação; b) A infração que é objeto de investigação criminal ou de procedimento e uma breve exposição dos fatos relacionados; c) Os dados informáticos armazenados a conservar e a sua relação com a infração; d) Todas as informações disponíveis que permitam identificar o responsável pelos dados informáticos armazenados ou a localização do sistema informático; e) A necessidade da medida de conservação; e f) Que a Parte tenciona apresentar um pedido de assistência mútua com vista à busca ou outra forma de acesso, apreensão ou obtenção semelhante, ou divulgação dos dados informáticos armazenados.

Neste caso, a Convenção de Budapeste deixa claro que a dupla incriminação não é exigida como condição prévia à conservação dos dados informáticos, sendo certo que a medida visa justamente à conservação das informações coletadas.

Contudo, em seu artigo 29º, 4, determina-se que:

Uma Parte que exija a dupla incriminação como condição necessária para responder a um pedido de auxílio mútuo para fins de busca ou acesso semelhante, apreensão ou obtenção por meio semelhante, ou a divulgação dos dados, pode, no que diz respeito a outras infracções

diferentes das estabelecidas em conformidade com os artigos 2º a 11º da presente Convenção, reservar-se o direito de recusar o pedido de conservação ao abrigo do presente artigo, se tiver razões para crer que no momento da divulgação, a condição de dupla incriminação não pode ser preenchida.

Além disso, um pedido de conservação só pode ser recusado se: a) O pedido respeitar a infrações consideradas pela Parte requerida como infrações políticas ou com elas conexas; ou b) A Parte requerida considerar que o cumprimento do pedido pode atentar contra a sua soberania, segurança, ordem pública ou qualquer outro interesse essencial (Artigo 29º, 5).

Quando a Parte requerida considerar que a simples conservação não é suficiente para garantir a disponibilidade futura dos dados, bem como que comprometerá a confidencialidade da investigação relativa à Parte requerente, ou a prejudicará de outra forma, informará prontamente a Parte requerente que decidirá, então, se o pedido deve, ainda assim, ser executado (Artigo 29º, 6).

O artigo 30º trata da divulgação expedita dos dados de tráfego conservados. Esta medida tem em vista identificar o fornecedor de serviços em outro Estado parte e a via por meio da qual houve a transmissão de dados relativos ao tráfego de dados informáticos armazenados na forma do artigo 29º, cabendo à Parte requerida divulgar rapidamente à Parte requerente uma quantidade suficiente de dados relativos ao tráfego.

Contudo, a mencionada divulgação de dados de tráfego pode ser recusada nos seguintes casos: a) Se o pedido respeitar a uma infração considerada pela Parte requerida como infração de natureza política ou com ela conexas; ou b) Se a Parte requerida considerar que o cumprimento do pedido pode atentar contra a sua soberania, segurança, ordem pública ou qualquer outro interesse essencial.

Cabe notar aqui, assim como expressamente previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942, art. 17), que as medidas previstas na Convenção de Budapeste não de respeitar a soberania nacional, a ordem pública ou outro interesse essencial do Estado parte, devendo ser de pronto inadmitida caso viole a quaisquer desses fundamentos.

Para além disso, no Título 2, tem-se novamente previsão específica sobre o auxílio mútuo relativamente a poderes de investigação dos Estados partes. O artigo 31º prevê sobre o auxílio mútuo relativamente ao acesso de dados informáticos armazenados:

1. Uma Parte pode pedir a outra Parte para investigar ou aceder de forma semelhante, apreender, ou obter de forma semelhante, e

divulgar dados armazenados por meio de sistema informático que se encontre no território dessa outra Parte, incluindo os dados conservados em conformidade com o artigo 29º.

Nesta hipótese, o pedido deve ser satisfeito o mais rapidamente possível nos casos em que: a) Existam motivos para crer que os dados relevantes são especialmente vulneráveis à perda ou modificação; ou b) Os instrumentos, acordos e legislação prevejam uma cooperação rápida (Artigo 31º, 3).

Aos Estados partes da Convenção de Budapeste garante-se também o acesso transfronteiriço a dados armazenados, com consentimento ou quando são acessíveis ao público (Artigo 32º). Quanto a isso, uma parte pode, sem a autorização de outra Parte: a) Aceder a dados informáticos armazenados acessíveis ao público (fonte aberta), seja qual for a localização geográfica desses dados; ou b) aceder ou receber, através de um sistema informático situado no seu território, dados informáticos armazenados situados no território de outra Parte, se obtiver o consentimento legal e voluntário da pessoa legalmente autorizada a divulgar esses dados, através deste sistema informático.

Há previsão, ainda, do auxílio mútuo relativamente à recolha de dados de tráfego em tempo real (Artigo 33º), pelo qual os Estados partes concederão entre si o auxílio mútuo no que diz respeito à recolha, em tempo real, de dados de tráfego associados a comunicações específicas transmitidas no seu território por meio de um sistema informático, cujo procedimento regular-se-á pelas condições previstas no direito interno da Parte interessada.

Já o artigo 34º dispõe acerca do auxílio mútuo em matéria de interceptação de dados de conteúdo, de modo que as Partes interessadas concederão auxílio judiciário mútuo, na medida em que é permitido pelos tratados e pelas legislações aplicáveis no que diz respeito à recolha ou ao registro, em tempo real, de dados relativos ao conteúdo de comunicações específicas transmitidas por meio de um sistema informático.

Por fim, fechando o sistema de cooperação jurídica internacional em matéria penal disposto pela Convenção de Budapeste, há o procedimento chamado Rede 24/7 (Artigo 35º). Pelo que já se extrai da denominação, cada Estado parte designará um ponto de contato disponível 24 horas por dias, 07 dias por semana, a fim de assegurar a prestação de assistência imediata a investigações ou procedimentos respeitantes a infrações penais relacionadas com dados e sistemas informáticos, ou a fim de recolher provas, sob forma eletrônica, de uma infração penal.

Este sistema incluirá a facilitação ou, se o direito e práticas internas o permitirem, a aplicação direta das seguintes medidas: a) A prestação de aconselhamento técnico; b) A

conservação de dados em conformidade com os artigos 29º e 30º; e c) A recolha de provas, informações de caráter jurídico e localização de suspeitos.

Frise-se que este procedimento é inovador em matéria de cooperação jurídica internacional no âmbito penal, não havendo outro tratado internacional que preveja sistemática semelhante de captação de provas e, mais do que isso, visa a extrema eficiência por parte dos Estados e autoridades judiciais e policiais no trato dos dados informáticos pertinentes à investigações de delitos praticados no ciberespaço, local no qual, devido a sua difusão, provas e outros elementos podem facilmente perder-se.

Desta feita, “ainda não há uma verdadeira lei de regência para a assistência jurídica mútua em matéria penal” (ARAS, 2019, p. 423), mas os procedimentos cooperacionais dispostos na Convenção de Budapeste (especialmente as medidas específicas de auxílio mútuo e a Rede 24/7) podem em muito contribuir para o progresso de investigações e a posterior persecução penal que visam justamente conter a cibercriminalidade. Faltando tão somente a promulgação por intermédio de ato do Poder Executivo federal, espera-se que a internalização do tratado possa incrementar o sistema cooperacional penal brasileiro.

### ***3. INVESTIGAÇÃO E PERSECUÇÃO PENAL DE CRIMES CIBERNÉTICOS NO ÂMBITO NACIONAL***

Do já exposto, percebe-se que a necessidade de internalizar a Convenção de Budapeste no Brasil tem por fim tornar o sistema investigativo e persecutório mais eficientes e condizentes com a evolução do próprio ciberespaço. E há um número incalculável de condutas ilícitas sendo praticadas diariamente por meio de redes informáticas.

Por exemplo, na avaliação do Grupo de Apoio Sobre Criminalidade Cibernética do Ministério Público Federal, o aumento do número de casos de crimes cibernéticos durante a pandemia da Covid-19 está associado ao crescente mercado de comercialização de dados pessoais, à baixa educação digital da população brasileira e ao aumento do uso da tecnologia para atividades que antes eram realizadas presencialmente.

Neste plano, a implementação da cooperação internacional no tema da criminalidade cibernética é estratégica e prioritária, já que impacta não somente na resolução e na repressão dos delitos cometidos na rede ou por meio da Internet, mas também toda a gama de crimes que envolvem a obtenção de dados e provas digitais.

No Brasil, no plano da criminalidade cibernética, os sistemas investigativos e de persecução penal se deparam com as mais diversas formas criminosas, mais há algumas que se destacam, devido à reiteração constante.

Assim, tem-se o estelionato e furto eletrônicos, comumente praticados por meio de fraudes bancárias (arts. 155, §§ 3º e 4º, II, e 171, do CP); invasão de dispositivo informático e furto de dados (art. 154-A, do CP); falsificação e supressão de dados (arts. 297, 298, 299, 313-A, 313-B do CP); armazenamento, produção, troca, publicação de vídeos e imagens contendo pornografia infanto-juvenil (arts. 241 e 241-A, do ECA); assédio e aliciamento de crianças (art. 241-D, do ECA); ameaça (art. 147 do CP); cyberbullying, que inclui a criação e publicação de perfis falsos, veiculação de ofensas em blogs e comunidades virtuais (arts. 138, 139, 140 do CP); interrupção de serviço (art. 266, §1º, do CP); incitação e apologia de crime (art. 266, §1º, do CP); crimes de ódio (art. 20 da Lei 7.716/89); e crimes contra a propriedade intelectual e artística (art. 184 do CP e Lei 9609/98).

No ano de 2012, a Lei nº 12.737, que dispôs sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, alterou o Código Penal para inserir o art. 154-A, que tipifica o crime de invasão de dispositivo informático, com o seguinte texto: *“Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”,* cuja pena era de detenção, de 03 (três) meses a 01 (um) ano, e multa.

Já no ano de 2021, foi aprovada a Lei nº 14.155, para tornar mais graves os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet, que alterou o mencionado art. 154-A e elevou a pena para reclusão, de 01 (um) a 04 (quatro) anos, e multa. Além disso, inseriu os §§4º-B e 4º-C no art. 154-A, o primeiro para prever que a pena é de reclusão, de 04 (quatro) a 08 (oito) anos, e multa, se o furto mediante fraude é cometido por meio de dispositivo eletrônico ou informático, conectado ou não à rede de computadores, com ou sem a violação de mecanismo de segurança ou a utilização de programa malicioso, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo, e o segundo, considerada a pena prevista no §4º-B e a relevância do resultado gravoso, para aumentar de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional; e aumentar de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é praticado contra idoso ou vulnerável.

Para fins de investigação e persecução penal, o Brasil não possui legislação específica para reprimir as condutas praticadas no ciberespaço, valendo-se preponderantemente do que dispõe o Código Penal e a legislação extravagante e, para acessar dados informáticos, há o que previsto na Lei nº 9.296/96, que trata da interceptação de dados telemáticos.

Medida de grande valia é aquela prevista na Seção V-A, inserida por meio da Lei nº 13.441/2017, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), dispondo sobre a infiltração de agentes de polícia para a investigação de crimes contra a dignidade sexual

de criança e de adolescente, em especial no âmbito virtual, tal qual prevê o art. 190-A, sobre a infiltração de agentes de polícia na Internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D do mesmo ECA, assim como aqueles previstos nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Código Penal.

Também, no mesmo sentido, o art. 10-A da Lei nº 12.850/2013 dispõe sobre a infiltração de agentes policiais virtuais a fim de investigar os crimes pertinentes à organizações criminosas, assim dispendo:

Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do *caput* do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas.

Diante do exposto, pode-se vislumbrar o quanto a legislação brasileira já avançou em termos de repressão à criminalidade praticada no ciberespaço, muito embora ainda haja lacunas e vácuos legais a serem preenchidos, especialmente quando se trata da captação de provas e elementos informativos pelos órgãos de investigação.

O Ministério Público Federal, por exemplo, considerando sua intensa atuação em crimes de natureza transnacional praticados por meio de redes computacionais, empreendeu esforços para que fosse aprovada no Brasil a Convenção de Budapeste, haja vista que o ingresso do Brasil no tratado em questão trará grandes benefícios à justiça brasileira, dentre eles, estão a melhoria do arcabouço legal relacionado ao combate a crimes cometidos na Internet, ampliação das hipóteses de cooperação internacional e o fomento a ações de capacitação e aprimoramento dos agentes públicos que lidam com a temática.

Para o Ministério Público Federal, a Convenção Sobre o Cibercrime é útil não somente para a persecução de crimes cibernéticos, mas principalmente para a obtenção das provas digitais que estão presentes em quase todos os delitos.

Nos casos em que o crime cometido extrapola a jurisdição brasileira, a obtenção de tais informações depende de cooperação internacional, que necessita ser ágil e eficiente a fim de que as provas não se pereçam ou sejam omitidas por quem as detém, sendo certo que a Convenção conta com um instrumento eficaz para a aquisição de tais provas, que é a Rede 24/7, utilizada por todos os países que aderiram a Convenção.

Logo, é possível antever que aprovação e internalização da Convenção de Budapeste pode auxiliar e muito nos procedimentos de investigação e persecução de crimes cibernéticos, em especial quando a conduta tem caráter transfronteiriço.

Assim sendo, poderá ser possível tomar a Convenção de Budapeste como “espelho” para o incremento da legislação nacional sobre o combate à cibercriminalidade, tal como já o fez diversos países desde o ano de 2001, quando a Convenção foi adotada, tendo sido já ratificada por diversos países da América do Sul, tais como Argentina (ratificou, em 05/06/2018), Chile (ratificou, em 20/04/2017), Costa Rica (ratificou, em 22/09/2017), República Dominicana (ratificou, em 07/02/2013), Panamá (ratificou, em 05/03/2014), Paraguai (ratificou, em 30/07/1018), e Colômbia (aprovou o projeto de lei para aderir à Convenção do Cibercrime).

## **CONCLUSÃO**

Por fim, o texto apresentado (de cunho descritivo e praticamente acrítico) pretendeu demonstrar qual é a finalidade e efetividade da aplicação dos instrumentos de cooperação jurídica internacional em matéria penal da Convenção Sobre o Cibercrime, ou Convenção de Budapeste, tratado internacional adotado sob os auspícios do Conselho da Europa que, desde o início, mostrou-se receptivo para com os demais países que não integram o bloco regional europeu, incluindo o Brasil.

A Convenção de Budapeste dá um passo relevante no campo da cooperação jurídica internacional em matéria penal (que no contexto brasileiro aparentemente necessita de mais amparo normativo para ter eficaz e célere aplicação), possibilitando e facilitando a cooperação com os países signatários, mesmo com aqueles com os quais o Brasil não possui acordo bilateral de cooperação em matéria penal.

Somado a isso, como se observou, os Estados partes da Convenção de Budapeste tem acesso a programas de capacitação e aprimoramento no campo das investigações e persecução de crimes cibernéticos, havendo diversos projetos em andamento no Conselho da Europa (C-Proc), cujo orçamento próprio e específico é direcionado a esses programas, abrangendo inclusive Estados da América Latina, o que permitiria às forças policiais de investigação, Ministérios Públicos (Federal e Estaduais) e membros do Poder Judiciário brasileiro o acesso a tais canais de aperfeiçoamento em matéria de crimes cibernéticos.

Hoje, considerando o exponencial e flagrante crescimento tanto da criminalidade individual quanto da organizada por intermédio de redes informáticas, conformando as previsões da Lei nº 12.965/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil (conhecida como “Lei do Marco Civil da Internet”), que inclusive tem previsão expressa sobre a captação de provas em qualquer lugar do planeta, a adesão do Brasil à Convenção de Budapeste somente tem a beneficiar os órgãos internos



de investigação e persecução penal, que diariamente necessitam angariar esforços para combater um tipo de criminalidade que jamais morre, mas somente se transforma.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ABADE, Denise Neves. **Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAS, Vladimir. Direito Probatório e Cooperação Jurídica Internacional. In SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.) **A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade**. Salvador: JusPodivm, 2019.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA. **ANPR Pede que Comissão da Câmara Ratifique Convenção Sobre Crime Cibernético**. Disponível em: <<https://www.anpr.org.br/imprensa/noticias/25025-anpr-pede-que-comissao-da-camara-ratifique-convencao-sobre-crime-cibernetico>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

ARAS, Vladimir. **Direito Probatório e Cooperação Jurídica Internacional**. In SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.) **A Prova do Enfrentamento à Macrocriminalidade**. Salvador: JusPodivm, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2022..

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. **Regulamenta a Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)> Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)> Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Migração.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Câmara aprova adesão do Brasil à Convenção de Budapeste.** Disponível em: <https://www.convergenciadigital.com.br/Seguranca/Camara-aprova-adesao-do-Brasil-a-Convencao-de-Budapeste-58384.html?UserActiveTemplate=mobile>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. **Achievements.** Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/cybercrime/achievements>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. **Benefits.** Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/cybercrime/benefits>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. **Budapest Convention and Related Standards.** Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/cybercrime/the-budapest-convention>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. **Convention on Cybercrime. Versão em português.** Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016802fa428>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. **Details of Treaty No. 185.** Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=185>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. **Future of the Convention.** Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/cybercrime/future-of-the-convention>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. **Global Standard on Cybercrime and Electronic Evidence Since 2001.** Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/cybercrime/20th-anniversary-budapest-convention>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. **Key Facts.** Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/cybercrime/key-facts>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. **Milestones.** Disponível em: <<https://www.coe.int/en/web/cybercrime/milestones>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

GARCEZ, Júnior da Silva. *Extradição 1.652 e Limites à Aplicação da Lei n. 13.964/2019.* Revista Jus Navigandi. Teresina/PI, ano 26, nº 6711, 15 nov. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/94618/extradicao-1-652-e-limites-a-aplicacao-da-lei-n-13-964-2019>>. Acesso em: 05 fev. 2022.

INTERNET SOCIETY. **Brief History of the Internet.** Disponível em: <<https://www.internetsociety.org/internet/history-internet/brief-history-internet/>>. Acesso em: 04 jan. 2022.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA (MPF). **Em Reunião Com Procuradores-Gerais do Mercosul, Aras Defende Criação de Unidades Especializadas em Criminalidade Cibernética.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/em-reuniao-com-procuradores-gerais-do-mercosul-aras-defende-criacao-de-unidades-especializadas-em-criminalidade-cibernetica>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA (MPF). **Mercado de dados pessoais favorece crimes cibernéticos, avalia MPF.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mercado-de-dados-pessoais-favorece-crimes-ciberneticos-avalia-mpf>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA (MPF). **Nota Técnica do Grupo de Apoio Sobre Criminalidade Cibernética Sobre a Convenção do Cibercrime (Convenção de Budapeste).** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Oficio736DaviAlcolumbre.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA (MPF). **Nota Técnica Sobre o Descumprimento da Legislação Brasileira que Regulamenta o Uso da Internet.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-tecnica-crimes-ciberneticos/>>. Acesso em: 04 jan. 2022.

SECRETARIA DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL (MPF). **Convenção Sobre o Cibercrime.** Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e>>

legislacao/legislacao/legislacoes-pertinentes-do-brasil/docs\_legislacao/convencao\_cibercrime.pdf/>. Acesso em: 04 jan. 2022.

SENADO FEDERAL. **Aprovada adesão do Brasil à Convenção sobre o Crime Cibernético.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/12/15/aprovada-adesao-do-brasil-a-convencao-sobre-o-crime-cibernetico>>. Acesso em: 04 jan. 2022.

SENADO FEDERAL. **Decreto Legislativo nº 37 de 16/12/2021.** Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/norma/35289207/publicacao/35300588>>. Acesso em: 04 jan. 2022.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais.** Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THE ONLINE LIBRARY LEARNING CENTER. **A Brief History of the Internet.** Disponível em: <[https://www.usg.edu/galileo/skills/unit07/internet07\\_02.phtml](https://www.usg.edu/galileo/skills/unit07/internet07_02.phtml)>. Acesso em: 04 jan. 2022.

## **O PAPEL DO LEGISLADOR COMO PONTE ENTRE O DIREITO NATURAL E O DIREITO POSITIVO: UMA VISÃO CONTEMPORÂNEA DA ÉTICA ARISTOTÉLICA**

**LUCIANA HELOAN COSTA RIBEIRO:**  
Advogada. Bacharela em Direito pelo Centro  
Universitário do Norte - UNINORTE.

**Resumo:** O artigo possui como escopo expor a visão aristotélica sobre o papel do direito natural na concepção de leis duradouras e estáveis em uma sociedade e a função do legislador na positivação dessas normas. A hipótese é: o legislador tem um papel primordial no estabelecimento da moral de um estado, devendo atuar como ponte entre o plano ideal do direito, a justiça, e o corpo regulador da vivência social. Caso assim não o faça, o corpo normativo da cidade e a moral de seus cidadãos corre o risco de sofrer deformidades e cair em desuso, gerando incerteza jurídica e arbitrariedades. A pesquisa delimita-se principalmente em artigos científicos que expõem a visão de autores renomados quanto ao tema. Para dar maior sustento ao estudo, utiliza-se da Pesquisa Bibliográfica por meio do Método Indutivo, com abordagem qualitativa, em que o procedimento é o descritivo explicativo. Como análise contextual pode-se perceber que a real função do legislador, como personagem político, é a de formular normas abstratas de conduta, impermeadas de valores morais e de justiça, devendo possuir, para o exercício desta função, qualidades intelectuais e morais extremamente fortes, como forma de não se corromper e garantir que cidade alcance a sua finalidade.

**Abstract:** The article aims to expose the Aristotelian view on the role of natural law in the conception of lasting and stable laws in a society and the role of the legislator in the positivization of these norms. The hypothesis is: the legislator has a primordial role in establishing the morality of a state, acting as a bridge between the ideal level of law, justice, and the regulating body of social experience. If this is not done, the city's normative body and the morality of its citizens run the risk of suffering deformities and falling into disuse, generating legal uncertainty and arbitrary acts. The research is mainly delimited in scientific articles that expose the view of renowned authors on the topic. To give greater support to the study, Bibliographic Research is used through the Inductive Method, with a qualitative approach, in which the procedure is descriptive and explanatory. As a contextual analysis, it can be seen that the real function of the legislator, as a political character, is that of abstract formal rules of conduct, impermeable to moral values and justice, and must have, for the exercise of this function, extremely strong intellectual and moral qualifications. , as a way of not corrupting itself and ensuring that the city achieves its shape.

**Palavras-chave:** Direito Natural; Direito Positivo; Aristóteles; Legislador; Moral; Ética.

Este presente artigo foi concebido através de uma revisão de literatura, leitura e fichamento de obras elencadas nas referências. Tal como reflexão e escrita com o objetivo de desenvolver da melhor forma o tema pretendido.

## 1. Introdução

Na sociedade ocidental, o positivismo, como resultado de um pensamento sistêmico e científico, tem primazia nos debates acadêmicos. Não se busca questionar a importância de leis hierarquicamente organizadas e sujeitas a validação pelo próprio sistema que as institui. Todavia, é plenamente possível que existam leis, perfeitamente válidas, quanto à forma, no sistema jurídico, mas injustas, quanto a sua matéria e aplicação, de maneira que é evidente que existe um vácuo a ser preenchido, acredita-se, pelo direito natural.

Como expoente da corrente de pensamento que salienta a importância da lei positivada, temos Hans Kelsen, jurista e filósofo Austríaco. Na visão Kelseniana, como aduz Arnaldo Vasconcelos, em um sistema positivista puro, as normas são validadas hierarquicamente, em vinculação estrita com suas predecessoras, até o ápice, que é representado por uma norma fundamental hipotética:

Cada norma fundamenta e produz a norma que lhe é inferior, num processo de autoformação que ascende até a norma básica, hipotética e fundamental, chave da unidade de todo o ordenamento jurídico. É hipotética a norma básica, porque está pressuposta, enquanto as demais se encontram postas; e é fundamental, porque imprescindível à própria existência do ordenamento jurídico (VASCONCELOS, 2002, p. 123).

Daí se tem a perspectiva científica do direito, que constitui também como pilar da própria ordem jurídica brasileira. Perdeu-se com o tempo a primazia dada a moral e a ética na concepção das normas, ou seja, o direito natural foi colado de escanteio pelo fato de sua natureza ser eminentemente metafísica. Nesse sentido, o direito positivo, para Paulo Nader, busca certeza e segurança jurídica, desprezando o lado transcendente e adotando um viés racional estrito:

O positivismo jurídico [...] rejeita todos os elementos de abstração na área do Direito, a começar pela idéia de Direito Natural, por julgá-la metafísica e anticientífica [...] despreza os juízos de valor, para se apegar apenas aos fenômenos observáveis. Para essa corrente de pensamento o objeto da Ciência do Direito tem por missão estudar as normas que compõem a ordem jurídica vigente. Nessa tarefa o investigador deverá utilizar apenas os juízos de constatação e de realidade,

não considerando os juízos de valor. Em relação à justiça, a atitude positivista é a de um ceticismo absoluto. Por considerá-la um ideal irracional, acessível apenas por vias da emoção, o positivismo se omite em relação aos valores (NADER, 2003, p. 376).

Nota-se, noutro giro, que essa perspectiva do direito, apesar de ter seus benefícios, não é completa. As normas, para o positivismo, sofrem validação estritamente formal, carecendo, assim, de valores que permeiam a cultura e moral de determinada sociedade. Essa moral, acredita-se deve ser preenchida pelo direito natural, pensamento que encontra respaldo no filósofo grego Aristóteles, para quem a justiça, vista do viés natural, tem uma força que rompe com as barreiras políticas, sendo que transcende a vontade humana e é imutável, tendo a mesma forma em todo lugar, “como o fogo que queima aqui e na Pérsia” (ARISTÓTELES, 1996, p. 206).

Nada obstante, essa concepção de um direito com bases metafísicas precisa ser transposta para a realidade prática de alguma forma. Daí a noção de que é imprescindível a existência de uma figura da vida política, dotada de grandes virtudes, que positivasse essas normas no corpo normativo de um estado, para que o povo, baseando-se nas linhas definidas por eles percorra um caminho estável e que propicie o desenvolvimento das potencialidades de cada um dos cidadãos. Essa figura, supõe-se ser o legislador.

No presente trabalho, buscou-se, portanto, analisar, dentro da bibliografia selecionada, o papel do legislador no estabelecimento da moral de um Estado. Como pontífice entre o plano ideal do direito e o corpo normativo que será aplicado à realidade social vivida, ele tem que demarcar linhas éticas duradouras, sem deixar de relacioná-las com as normas intrínsecas à condição humana (direito natural) e um ideal de justiça. Caso assim não o faça, o corpo normativo da polis corre o risco de cair em desuso e ser rejeitado pela sociedade.

## **2. Direito Natural e o seu Papel na Concepção de Normas Duradouras e Estáveis**

O direito natural tem raízes na Grécia Antiga (BEDIN, 2014). A tragédia *Antígona*, escrita por Sófocles (494-406 A.C) demonstra a luta contra lei escrita (positivada), quando ela não se adequa a valores considerados transcendentais à condição humana. Nela, Antígona, personagem principal, possuía um irmão, Polinice, que, falecido, não podia ser sepultado, em virtude de uma determinação das leis de Creonte, Rei de Tebas, que o consideravam como traidor da pátria. Todavia, acreditando que o direito de sepultar um familiar era garantido por uma lei imutável, que não podia ser condicionada nem mesmo as leis escritas do reino de Tebas, Polinice tentou sepultar seu irmão e, por isso, foi levada à julgamento.

Na sua defesa, Antígona teria buscado demonstrar que a lei escrita precisa se fundamentar em uma norma natural condicionante que vai além da vontade do representante do poder que a institui, o que validaria a rejeição de certas normas, pelo povo, quando estas não se adequarem a esse pressuposto básico fundamental, ou, como diz a personagem, não se adequarem a Lei dos Deuses (BEDIN, 2014). Assim, pode-se definir o direito natural como as normas fundamentais, não escritas, ou princípios humanos, que condicionam a validade das normas positivadas.

De acordo com Bovero (1994), citado por França (2015), o direito natural contemporâneo seria fruto de uma busca por uma resposta ao que hoje chamamos de relativismo ético. Isso se daria principalmente pelo fato de existir uma crença generalizada que os direitos são definidos de acordo com as circunstâncias, sem algo imutável que possa ser aplicado a humanidade como um todo. Todavia, uma corrente mais tradicionalista, considera que há, na realidade material e objetiva, uma série de prerrogativas humanas que são invariáveis e absolutas.

Lafer (1991), citado por Vianna (1996), explica que nos estados modernos, começa-se a perceber que o positivismo jurídico possui carências. Com conflitos bélicos mundiais, em especial a segunda guerra mundial, com a nascimento do Nazismo, e o crescimento dos regimes totalitários na América Latina entre os anos 60 e 70, pôde-se notar que um corpo normativo desvinculado a normas morais não conseguiu impedir que tais regimes autoritários se instalassem no poder e cometessem atrocidades. Por isso, nos estados modernos, tenta-se, por meio da positivação de direitos fundamentais e diretrizes normativas nas constituições dos estados, balizar os limites de sua atuação.

A necessidade de normatização desses direitos fundamentais nas constituições modernas não gera somente o dever de o legislador positivá-los, mas também a possibilidade de existir um controle legal, realizado pelo terceiro poder da concepção de Mostesquieu, o Judiciário, sobre a atividade legislativa, com a finalidade de verificar se ela está voltada, verdadeiramente, para a concretização desses direitos (VIANNA, 1996). Isso se dá pelo fato de, muitas vezes, a incorporação do ideal de justiça nas constituições carecer de eficácia normativa, sendo considerada uma "legislação simbólica", disposta somente pela vontade política.

Marcondes (1998), citado por Resende (2016, p. 14), expõe que a concepção do direito natural, na Grécia antiga, com Sócrates e Platão, tinha como base primordial a busca pela "essência da ordem natural do ser". Sócrates veria a felicidade como fim da ação humana e a ignorância como o início de todos os males. Veja que, nessa concepção, o erro seria resultado da ignorância, de maneira que, ao conhecer a si mesmo, o homem tem as bases necessárias para adotar um agir ético e poder conceber, na realidade, o que é a verdade e o certo.



Dentre as características atribuídas à doutrina do direito natural apresentadas por Bedin (2014), está a sempre presente comparação do conteúdo das normas positivadas e preceitos universais e constantes, um ideal de justiça. Dessa forma, ainda que determinada lei esteja formalmente internalizada no corpo legislativo de um estado qualquer, é imprescindível que ela esteja em harmonia com o ideal de justiça que a transcende, caso contrário, não será válida. Na antiguidade, esse ideal de justiça era baseado na própria natureza. O filósofo grego Aristóteles (384-324 A.C), dentro desta percepção, concebia a existência de dois tipos de leis, as próprias e as comuns. As próprias seriam aquelas que o indivíduo impõe a si próprio, enquanto as comuns seriam as leis de acordo com a natureza e, por isso, com validade universal.

Além da visão do direito natural que utiliza como referencial de justiça a natureza, designada usualmente como Direito Natural Cosmológico, pode-se citar outras duas doutrinas que são resultado da evolução histórica humana ocidental: o Direito Natural Teológico, que tem como expoente Tomás de Aquino (1225 – 1274 D.C) e vê a ordem divina como fundamento das leis; e o direito natural antropológico, o qual foi bem representado pelo pensamento de John Locke (1632 – 1704 D.C), sob a ótica do homem como pilar da valor e justiça das normas positivas (BEDIN, 2014). Nada obstante, pode-se, em uma abstração ousada, encontrar um ponto comum entre as três visões. O fato de norma positiva precisar ser validada por um ideal de justiça que a transcende.

O direito natural cosmológico, para Resende (2016), corresponderia a normatização, pelo homem grego e romano, da ordem natural do cosmos e interna do homem, ligando-a a organização da cidade. No teológico, existe uma verdade basilar levada a cabo pela igreja: o homem é falho. Em razão disso, não poderia o mesmo ser a medida do direito natural, que é imutável e constante, de forma que se passou a considerar a palavra divina como centro das teses jusnaturalistas. Por fim, na concepção do direito natural antropológico ou racional buscou-se dar destaque a racionalidade do homem.

De acordo com Nader (2003), citado por Resende (2016, p. 12), o direito natural "é referência para o legislador e para as consciências individuais". Isso porque é comumente observado que a população possui uma série de crenças preestabelecidas, não positivadas, que condicionam a moral do indivíduo e regulam a vida em sociedade. Ao contrário da lei positiva, que muitas vezes é considerada falha, a lei natural representa um ideal de justiça, uma ordem estabelecida não pelos homens, para pelo todo ordenado que é o cosmos, logo, carente de falhas. O direito natural, por consequência, tem como objetivo transpor essas normas do plano metafísico para o corpo normativo do estado.

Conforme explicar França (2015), haveria na filosofia Aristotélica uma superficial contradição entre a justiça natural, que seria aquela idêntica em validade em todos os lugares, e a ideia de um direito natural variável, posto que o filósofo em muito se

preocupava com a ação concreta do homem no mundo e o papel de sua escolha nas mais diferentes circunstâncias.

Destrée (2000), citado por França (2015), aduziu que o direito natural é, de fato, imutável. Nada obstante, o fato do direito natural ser imutável não lhe retiraria a possibilidade de apresentar algumas adaptações ao caso concreto, em razão da própria natureza do homem. Sendo assim, mesmo o direito natural possuindo uma força invariável *a priori*, as mudanças existentes poderiam decorrer da falibilidade do homem. Nesse sentido, Aquino (2001), citado por França (2015) teria aduzido que certas acepções da justiça divina não poderiam variar “como o de que o mal é para ser evitado, que a ninguém deve ser injustamente feito dano, não se deve roubar e outros semelhantes”, apesar da sua aplicação ser diferente em sociedades diversas.

Existia, por outro lado, uma corrente de interpretação que considera o pensamento Aristotélico sendo marcado pela variabilidade total do direito natural. Os principais representantes dessa corrente, denominada historicista, seriam Leo Strauss e Pierre Aubenque. Para Strauss (2009), citado por França (2015), a história teria demonstrado que um direito universalmente reconhecido não existe, principalmente em virtude da variabilidade infinita das noções de direito que podem ser encontradas na história humana. Na visão de Strauss, Aristóteles teria fincado seu pensamento no plano prático, material, da vida social, de forma que a justiça, para o Filósofo, seria concebida mediante a escolha correta em uma situação particular, e não por meio de ideias gerais.

Por sua vez, Pierre Aubenque (1980), citado por França (2015), firmou a tese de que o verdadeiro direito natural seria aquele que consegue se adaptar as circunstâncias múltiplas da vida humana. Isso porque, em sua visão, uma norma abstrata que pretendesse ser aplicada a diferentes povos, sem qualquer mudança, seria contrária a própria natureza dos mesmos. Povos com culturas diferentes deveriam ter leis diferentes.

Todavia, sendo o homem um animal político, que estabelece relações sociais por meio da linguagem, existe uma limitação ao alcance desta suposta verdade universal. A capacidade da linguagem permite ao homem deliberar sobre o que é justo ou não e escolher qual ação tomar, interpretando a natureza. Isso, conforme citado por França (2015), Aristóteles teria concebido ao afirmar que “a justiça política é em parte natural, em parte convencional”.

Dessa forma, percebe-se que interpretação historicista, por meio da tentativa de relativizar o direito natural, como sendo um conjunto de regras variáveis, que se moldam ao caso concreto, se assemelharia aos filósofos sofistas, os quais Aristóteles rejeitava com tanta veemência. Nesse sentido, Destrée (2000), citado por França (2015), afirma que Aristóteles buscava refutar a doutrina sofista, que acreditava que todo o direito existente era fruto da convenção.

Deve haver, afirma Aristóteles, se não as leis, pelo menos algo como um “direito” (Aristóteles diz “justo”) que é natural, ou seja, não arbitrário. Acredito que é onde reside a diferença entre o direito positivo e o direito “natural”, caso contrário Aristóteles não hesitaria em chamar esses direitos positivos de “direito humanos” (ἀνθρώπινα δίκαια – 1135 a 4) que são “não naturais” (DESTREE, 2000, p. 228-229, citado por FRANÇA, 2015).

Nessa concepção, o direito natural seria não arbitrário, não sendo também pautado na imposição legal como o direito positivo, que tem sua aplicabilidade determinada pelo legislador, em determinado local e em determinado tempo. Isso teria sido demonstrado por Aristóteles quando afirmou que existiria apenas uma forma de governo que é natural, ou seja, existiria um regime perfeitamente realizável praticamente.

Porém, tal regime não se confunde com a constituição de uma nova cidade ou algo ideal ou imanente, aos moldes de Platão, mas um regime absolutamente realizável. Trata-se de um regime perfeito que deve servir em todos os lugares e em todos os regimes existentes, portanto, um regime “natural”, como única resposta à natureza humana como tal, permitindo ao homem realizar-se, ou seja, alcançar a eudaimonia ou o bem viver. É esta noção de felicidade humana que funciona como medida última do direito natural (FRANÇA, 2015, p. 241).

É inconteste que Aristóteles deu especial atenção a ação concreta do homem. Contudo, o seu pensamento não se limitou a ignorar pressupostos básicos da ação humana. Em suas obras, conforme as bibliografias consultadas, não há nada categoricamente estabelecido quanto a inexistência de normas universais que regem a vida do homem, mas pelo contrário seguindo o seu pensamento basilar de que ação humana tende a um fim, a concepção de que existe uma norma aplicável perfeitamente para a conquista desse ideal, que propicie da melhor forma a sua obtenção, não parece ser tão inviável. Ademais, percebe-se que o que se considera hoje como direito natural passou pela interpretação humana e pelo uso da linguagem, de forma que não se trata da norma imutável, mas de uma interpretação humana dela, sujeita da falibilidade do homem.

### **3. A Função Legislativa Na Perspectiva do Estrito Direito Positivo**

A ciência jurídica, propriamente dita, começou com Hans Kelsen, com sua obra “Teoria Pura do Direito”. O Jurista teve o objetivo de edificar os fundamentos do direito positivo separados de qualquer intromissão considerada “não jurídica”. Isso porque um sistema normativo, em si, não poderia conter elementos estranhos ao direito, direito que é considerado aqui como um sistema de normas com força obrigatória e de aplicação

vinculada a um determinado território de um Estado. Buscou-se, assim, distinguir o sistema jurídico de outros sistemas de normas como a moral e o direito natural (PARELMAN, 1993).

Segundo Perelman (1993, p. 2), todo sistema de normas e de atos jurídicos é hierarquizado e dinâmico. A hierarquia pressupõe que os atos e normas sejam validados por outros atos e normas, até a norma fundamental, que valida todo um sistema. A dinamicidade, por sua vez, é a característica do sistema jurídico que confere ao legislador, ao juiz e ao administrador a capacidade para criar novas leis, uma vez obedecidas as balizas hierarquicamente superiores, ou aplicar no caso concreto essas normas. Em virtude disso, tem-se a pressuposição de que as normas “superiores” somente fornecem o molde pelo qual as normas “inferiores” serão validamente positivadas em um sistema, conferindo certa liberdade a esses atores políticos em sua atuação.

De acordo com Marcondes (1995, p. 42 ss.), citado por Resende (2016, p. 12-13), com o objetivo de desvincular-se das crenças místicas e possuindo a necessidade de independência frente aos fenômenos da natureza, determinados pensadores da Grécia antiga, como Trasímaco e Cálicles, passaram a considerar as leis como fruto de uma convenção arbitrariamente imposta por um grupo dominante ou mesmo a justiça como a imposição do interesse do mais forte sob o mais fraco. Porém, nessa perspectiva, nem sempre os interesses do grupo dominante ou do mais forte estarão em harmonia com a bem da população governada. Os desvios possíveis são incalculáveis. Sendo a vontade humana, pessoalmente considerada, a única medida para a criação de leis e sua aplicação, a sua vigência ficaria restrita ao tempo em que tal indivíduo se mantém no poder. Logo, a insegurança jurídica é o único resultado a ser esperado.

Assim, conforme explica Parelman (1993), Hans Kelsen teria notado, baseado nessas ligações lógicas, que a passagem da norma fundamentadora para as fundamentadas depende de atos de vontade, estritamente ligados a ideologias, culturas, política e moral, porém, não ao direito. A ciência do direito, por conseguinte, nada teria a ver com as consequências práticas das normas positivadas, mas apenas dar legitimidade ao sistema jurídico.

O legislador, nessa perspectiva, não é um intérprete da norma fundamental, mas personagem político com efetiva autoridade e capacidade criativa no ordenamento jurídico, conferida pela constituição. Sendo assim, sua atuação, tanto quanto a do juiz e do administrador, é um ato de vontade e não de conhecimento. Há, assim, uma clara separação entre a ciência jurídica e a política jurídica. A exposição dos motivos de um projeto de lei, por exemplo, deve ser objeto somente da política jurídica, nunca da ciência do direito.

O conceito de lei para Rousseau era desvinculado de relação com a lei natural, sendo elas (as leis) fontes estritas da convenção estabelecida para o convívio social. Acreditava-

se, nessa perspectiva, que o homem estava predisposto, naturalmente, a cometer injustiças, de forma que, como a natureza não se prestava a aplicar uma sanção aos atos injustos, era imprescindível, para um convívio em sociedade, que fosse construído um mecanismo coletivo para regular a conduta das pessoas, para que agissem de forma justa.

Com essa visão, Rousseau teria buscado definir o que é a lei baseado em como ela deveria ser, dando destaque para sua essência, sem deixar de dar importância para a essência de quem as cria. Isso porque, com a criação do pacto social, foi preciso criar um instituto que garantisse que o que tinha sido estabelecido nele fosse respeitado pelas demais pessoas pertencentes à determinada sociedade.

#### **4. A Função Legislativa e a Sua Importância na Normatização de Leis Estáveis**

A função legislativa, dentro dos estados modernos, tem ganhado volume em fatores de complexidade e técnica. Os fatos sociais a serem balizados em leis, ou seja, pelo corpo legislativo, aumentaram exponencialmente. As situações que o poder legislativo precisa trabalhar são das mais diversas, de forma que grande parte da vida de um indivíduo hoje é regulada pela legislação. Assim, para o exercício dessa função, é necessário que sejam dela investidos indivíduos de grande força moral, intelectual e política (QUINTANA, 1946).

Como bem dispõe Quintana (1946), o pilar do ordenamento jurídico é a obediência a lei. A função legislativa, por conseguinte, sobrepõe-se as funções administrativa e judiciária, pois seus atos próprios (exercício da função típica) são fundadores da ordem jurídica e só são submetidos ao controle, no caso de um estado soberano, pela constituição, norma que se situa no ápice de todo o sistema.

A lei, para Rousseau, seria um ato que se origina da vontade geral da sociedade, que busca unir direitos e deveres, e possui, quando do seu descumprimento, reprimendas de caráter também geral a serem aplicadas, com o objetivo de regular a boa convivência em sociedade, respeitando o princípio da reciprocidade, que se consubstancia na aceitação de que ao ofender um dos membros da sociedade, ofende-se o todo (PONTES, 2013).

Pontes (2013) afirma que, para Rousseau, os cidadãos comuns não seriam capazes de realizar um julgamento acertado sobre a constituição de uma lei. O homem comum buscaria privilegiar seus próprios interesses, desconsiderando o que melhor para a sociedade, o que violaria um dos princípios basilares do Contrato Social estabelecido pelo filósofo - a necessidade de as normas possuírem um caráter geral, visando o bem social. O legislador, assim, atuaria como uma guia, dirigindo e corrigindo as falhas do procedimento legal, de maneira a garantir a soberania do povo e o melhor interesse da sociedade.

O legislador, nessa ótica, deveria possuir um intrínseco amor à pátria, bem como uma sabedoria acima da média, com o objetivo de auxiliar os cidadãos na busca no bem

comum. Ele corrigiria falhas e ponderaria, visando o bem do povo, os benefícios de curto prazo, almejados pela população, com os riscos que eles geram ao longo prazo.

“Rousseau acredita fortemente no poder das leis, pois elas podem transformar a natureza humana, substituindo a liberdade natural pela liberdade civil, e tornar o indivíduo parte de um todo maior.” (PONTES, 2013, p. 51).

Contudo, Rousseau acreditava, segundo Pontes (2013), que a criação do direito moral e político era baseada na disposição voluntária do direito natural, como obra da cultura. Ou seja, apesar das considerações realizadas de que o legislador tem um papel quase que transcendente na concepção dos valores morais da sociedade, possuindo quicá características quase divinas para alcançar os objetivos da vontade geral, tudo isso seria obra da razão humana, pelas convenções sociais externalizadas nas leis, e não por uma norma própria da natureza que transcenderia o homem.

“(…) para descobrir as melhores regras da sociedade que convém às nações seria preciso uma inteligência superior, que enxergasse todas as paixões dos homens, e não fosse suscetível de as experimentar; que não tivesse relação com a natureza humana e que a conhecesse profundamente; que tivesse uma felicidade independente de nossa existência e que, no entanto, quisesse ocupar-se com a nossa; que, enfim, no progresso dos tempos, preparando uma glória longínqua, pudesse trabalhar num século e auferir os proveitos num outro. Seriam precisos deuses para dar leis aos homens” (ROUSSEAU, 1929, citado por QUINTANA, 1946).

O pensamento de Platão, por outro lado, em sua obra *A República*, levava ao entendimento de que àqueles que devem exercer as funções do governo seriam os que possuem conhecimento do imutável, do eterno. Aos filósofos, assim, como possuidores das maiores qualidades intelectuais e morais de um reino, caberia essa função. Eles se dirigiriam ao povo de maneira pedagógica, buscando elucidar o que estava nas trevas, por meio da razão, de forma a educar e não a persuadir, buscando formar a consciência dos cidadãos (PONTES, 2013).

Aristóteles (2010), citado por Pontes (2013), afirmou que alguns legisladores, no exercício desta função, somente elaboram leis, enquanto outros, poucos, além de as elaborarem, fundavam estados. Dentre estes últimos existia Sólon, legislador ateniense, que teria valorizado valores morais, considerando-os superiores a lei positiva da época, para promover uma revolução legislativa, instituindo a lei da libertação, que teve o objetivo de emancipar pessoas que haviam se tornado escravas em virtude dívidas em sua época.

Dessa forma, parece ser de entendimento comum a necessidade do indivíduo que exerce a função legislativa ser dotado de qualidades e virtudes excepcionais. Porém, como o corpo normativo da cidade situa-se no campo abstrato da vida social, é preciso que pessoas e indivíduos apliquem a lei no dia a dia para que exista um vínculo entre o que foi estabelecido pelo legislador e a realidade prática.

Veja bem, as leis são normas de caráter geral e não podem, por uma limitação ontológica, abarcar todos os casos da vida social. Por isso, elas não seriam suficientes, por si só, para garantir a formação de bons cidadãos e regular corretamente a vida em sociedade. Para superar esse problema, deve ser utilizado o critério da equidade, pois, quando a lei se depara com situações diferentes e não possui uma resposta definida para a situação, a equidade pode corrigi-la (SMIT, 2009).

Nos estados modernos, por exemplo, aos juízes não há a possibilidade de negação ao julgamento, por motivo de ausência de disposição legal. Assim, em casos de eventuais lacunas nas leis, deve o magistrado considerá-las apenas aparentes e promover um julgamento. É em virtude do poder de interpretação e decisão conferido ao juiz que o sistema jurídico de um determinado estado pode ser considerado sem incongruências ou divergências. A motivação das decisões judiciais, que disso decorre, fundamenta a ordem jurídica e valida o sistema, muitas vezes aplicando a equidade para resolução do caso concreto (PARELMAN, 1993, p. 4).

Ocorre que essa situação abre possibilidade para o intérprete decidir pela não aplicação de determinada lei no caso concreto ou mesmo por estender os efeitos de determinadas leis a situações antes não abarcadas.

A não aplicação constante de determinados textos legais a casos concretos, pode levar a norma a cair em desuso. De outro lado, a aplicação continuada de determinadas teorias ou interpretações pode modificar a própria lei, alterando, assim, seu sentido primeiro, para se adaptar as mudanças sociais (PARELMAN, 1993, p. 5). Essa mudança muitas vezes é fundamentada em valores morais e no direito natural, que constituem um arcabouço de princípios, muitas vezes, implícitos nos textos legais, que norteiam sua aplicação.

## **5. Ética em Aristóteles e o Papel do Legislador Como Ponte entre as Normas de Direito Natural e Direito Positivo.**

A ética e a política não são temas trabalhados separadamente nas obras de Aristóteles. A vida moral do indivíduo é complementar e necessária para a boa vida da comunidade. Essa junção comporia o centro unitário da *Polis* e o fator essencial para o alcançar a finalidade da comunidade: a felicidade máxima possível para seus habitantes. O legislador, nessa concepção, seria aquele que edita as normas aplicáveis à cidade, com o

objetivo de garantir que os cidadãos possuam um caminho para alcançar esse fim último. Sendo assim, para a definição de que papel teria o legislador e sua responsabilidade com os cidadãos, mostra-se necessário verificar qual a definição de cidade e de cidadão para Aristóteles.

Aristóteles, conforme citado por Smit (2009), definiu, no livro III da *Política*, que cidade é “o conjunto de cidadãos suficiente para viver em autarquia”. Já o cidadão seria uma qualidade que se restringiria a determinadas pessoas que possuem a capacidade de participar na administração da justiça e do governo. Assim, o legislador seria aquele que edita as leis aplicáveis ao conjunto de pessoas, com capacidade de atuação política, que vivem em autarquia, pois são estas pessoas que representam a cidade.

A noção de cidadão para Wolf (1999), citado por Smit (2009), dependeria do regime político adotado pela cidade. Por isso, determinada constituição poderia estabelecer direitos a determinados grupos que em outras haveria a restrição. Nada obstante, ainda que em diferentes constituições, caberia ao legislador conhecer e auxiliar os regimes existentes de forma a subsidiar sua melhor atuação possível, ainda que não seja considerado o ideal. A função de legislar, assim, estaria compreendida dentro da atividade política, pois, sendo esta a maior das ciências, ela seria capaz de fazer uso das demais e determinar como os seres humanos devem viver.

Aristóteles, no Livro IV da *Política*, teria definido que para o bom exercício da função de legislar, a pessoa encarregada dessa tarefa deveria estar atenta a todos os aspectos da ciência política. Assim, verificando a importância que o regime político que a cidade possui para a felicidade de seus cidadãos, o legislador deveria sempre buscar a adoção do melhor, porém, a tarefa dele aí não se resumiria. Cada peculiaridade necessária para o atendimento das necessidades dos cidadãos, de forma a iluminar o melhor que existe dentro deles, deveria ser levada em conta por este personagem da vida política (SMIT, 2009).

Por conseguinte, uma lei deveria determinar as ações consideradas corretas e proibir as consideradas nocivas, pois aquelas necessariamente ajudam a cidade a alcançar seu fim, enquanto estas últimas a desviam dele. Com essa visão, a formação da legislação passa a ter um contorno ético, pois é preciso determinar como deve o cidadão agir e qual a melhor forma de educá-lo e de corrigi-lo, de forma que se tornem aquilo que a cidade espera deles. Assim, segundo Smit (2009), caberia ao legislador direcionar os cidadãos na busca desse fim, constituindo normas que buscam aperfeiçoá-lo, para que, no futuro, possam ser novos bons legisladores e preservem o regime, buscando, ao mesmo tempo, alcançar a felicidade da comunidade.

Veja-se que a educação dos cidadãos é de primordial importância, tanto para o legislador, quanto para a política como um todo. Educar o cidadão é a tarefa para qual o legislador existe, de maneira a infundir neles um certo caráter, bem como torna-los bons e



capazes de boas ações, como diz Aristóteles, citado por Smit (2009). Essa educação seria formada pelos hábitos.

Os hábitos buscariam exercitar a virtude dentro do indivíduo, mediante a obediência às leis, que representam a justiça em sentido amplo para Aristóteles, pois elas incentivam e fomentam àquelas qualidades que seriam as melhores para o homem. Porém, essa justiça só existe onde os cidadãos são iguais perante a lei, ou seja, em uma relação social, todas as partes precisam estar submetidas a norma para que a lei seja justa. Assim, só existiria justiça onde o legislador tivesse instituído um estado de direito.

Na filosofia de Aristóteles, cada coisa presente no mundo material tem sua finalidade. Por conseguinte, cada coisa possui uma verdade que lhe atribuível baseada nas suas características próprias. Aristóteles, citado por Resende (2016, p. 16), afirma, em *Ética à Nicômaco*, que a Alma humana é composta por três espécies de coisas: faculdades, paixões e disposições de caráter. Ao analisar essas espécies, por fim, chegou-se à conclusão de que a virtude não seria nem uma paixão, nem uma faculdade, pois está dentro do limite de controle do homem, podendo ser adquirida pelo hábito. Assim sendo, o homem poderia aprender a escolher a boa ação, independente de características natas do Ser.

Essa visão está descrita no Livro V, da *Ética à Nicômaco*, onde Aristóteles dispõe que a definição das ações justas caberia ao legislador (e ao político), pois é ele que decide, inicialmente, o que a lei irá incentivar ou proibir. A justiça, para essa visão, seria a obediência ou não aos critérios estabelecidos pela lei. Porém, como a lei não consegue abarcar as diversas situações específicas e diferentes possibilidades para a vida comunitária, caberia ao cidadão, por consequência, aplicar a justiça da lei ao caso concreto. Em virtude disso, tanto as ações realizadas de acordo com a lei, como as ações dos homens justos, que observam a lei, mas, caso necessário, agem para corrigi-la, podem ser consideradas como ações justas em sentido amplo (SMIT, 2009).

Logo, pode-se concluir que a existência de um legislador virtuoso, que positive normas gerais de conduta, baseadas em um critério de justiça, e de um cidadão virtuoso, que obedece às leis, mas é capaz de conceber o que é o justo no caso concreto, são essenciais para o desenvolvimento de uma sociedade. Aristóteles expõe essa exata acepção no Livro VI, de *Ética à Nicômaco*.

“No caso da sabedoria relacionada com os assuntos da cidade, a forma de discernimento que desempenha o papel dominante é a ciência legislativa, enquanto a que se relaciona com os casos particulares é conhecida pela denominação genérica de ciência política; esta é pertinente à ação e à deliberação, pois um decreto é algo a ser cumprido sob a forma de um ato individual.” (ARISTÓTELES, citado por SMIT, 2009).

O legislador por meio da lei organiza a cidade. Essa organização deve, necessariamente, estar de acordo com a finalidade para a qual a cidade está direcionada. Caso contrário, o regime não sobrevivera e a cidade não teria autonomia. Assim, ainda que o legislador se encontre em uma cidade que já está direcionada, ou seja, uma cidade em que ele não foi o responsável pela instituição do regime, cabe a ele promover a sua organização, de maneira a proteger e preservar o regime eleito, fazendo com que ele seja respeitado pela população.

A ciência política, de outro lado, na figura dos cidadãos, verificando que a cidade não existe apenas no papel, mas se constituindo de uma realidade material, age para resolver os problemas práticos da sociedade, para que os homens possuam uma vida social satisfatória. De fato, são os cidadãos àqueles para os quais a lei se destina, cabendo a eles segui-la e preservar a sua manutenção.

Portanto, o papel do legislador quanto a definição da moral da cidade deve ser escolher dentre os pressupostos gerais que vão conduzir a vida na *Polis*, os melhores. Como educador, responsável pela função normativa, o legislador deve priorizar aqueles ideais morais e de virtude que persuadem os cidadãos a adotar um agir correto e justo, pois o seu êxito dependeria da obediência dos cidadãos às leis, além da moral individual de cada um, uma vez que, sendo incontestes a infinitude de situações possíveis na vida prática, o homem comum faria o papel de aplicador do direito natural e da justiça ao caso concreto.

## 6. Conclusão

Em suma, buscou-se analisar, dentro da bibliografia consultada, a visão de qual seria o papel do legislador para a normatização de normas baseadas no direito natural. Isso porque transparece que a positivação de normas abstratas de conduta desvinculadas de concepções morais inerentes a condição humana não são uma forma eficaz de reger o convívio social, pois, normas meramente formais, logo caem em desuso.

Sendo assim, supôs-se que o legislador teria um papel primordial no estabelecimento desta moral. Como pontífice entre o plano ideal do direito e o corpo normativo que será aplicado à realidade social vivida, ele teria que demarcar linhas éticas duradouras, sem deixar de relacioná-las com as normas intrínsecas à condição humana (direito natural) e um ideal de justiça. Caso assim não o fizesse, o corpo normativo da polis correia o risco de cair em desuso e ser rechaçado pela sociedade.

Dessa forma, com as considerações apresentadas, pode-se perceber que, de fato, o legislador tem um papel de destaque na concepção da moral da cidade, sendo sua função, *a priori*, definir as condutas consideradas boas e más, incentivando as primeiras e

reprimindo as segundas, de forma a educar os cidadãos, buscando sempre garantir a perpetuação do regime e a máxima expressão da potencialidade dos seus habitantes.

Ademias, essa figura do meio político, em virtude desta tremenda tarefa, deveria possuir qualidades excepcionais, tanto políticas, como cognitivas e morais, isso porque o homem comum cederia as tentações do poder, em detrimento do bem coletivo do povo. Assim, considera-se que a função do legislador deveria ser conferida àqueles mais aptos na sociedade, pois o pilar de uma cidade é a obediências as leis. Com leis injustas, o cidadão, sem a visão de um ideal para buscar a justiça, cometerá por certos atos injustos, nada obstante, com leis justas, poderá se preocupar em desenvolver suas potencialidades, de forma levar a cidade a um passo mais perto do ideal de felicidade comunitária buscado.

De toda forma, as leis positivadas pelo legislador necessitam de um agente que as ponha em prática, fazendo, de certa forma, uma segunda ligação entre o ideal proposto e a realidade prática. O legislador, nesse sentido, buscaria conceber normas gerais, estáveis e justas, e positiva-las, por conseguinte, caberia ao cidadão aplicá-las na vida comunitária diária, de forma que junção, por meio de um ideal abstrato, entre essas duas figuras, representa a real ponte entre o direito natural e o direito positivo.

Sem essa atuação por parte do cidadão, a norma positivada, por mais que refletisse valores imutáveis da condição humana, não passaria de um pedaço de papel, não se constituindo em uma lei de caráter moral, mas meramente uma representação formal dos desejos e interesses do poder dominante em um determinado estado. De tal modo, ainda que os habitantes a sigam, eles o farão por medo das reprimendas ou mera conveniência, sem um real comprometimento com os valores impermeados na norma, e sem o objetivo de melhorar a vida comunitária, por meio da busca por garantir a felicidade de seus membros.

## 7. Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo. Nova Cultural: 1996.

BEDIN, Gilmar Antonio. **A doutrina jusnaturalista ou do direito natural: uma introdução**. Revista Direito em Debate, v. 23, n. 42, p. 245-251, 2014.

FRANÇA, Jefferson Luiz. **Alguns aspectos sobre o direito natural na Ética a Nicômaco de Aristóteles (EN, V, 10, 1134b18–1135a5)**. Revista Hypnos, n. 35, 2015.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PERELMAN, Chaïm. **A teoria pura do direito e a argumentação**. Tradução: Ricardo R. de Almeida. Rio de Janeiro. Disponível em: [http://www.puc-rio.br/sobrepuc/dpto/direito/pet\\_jur/c1perelm.html](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/dpto/direito/pet_jur/c1perelm.html). Acesso em, v. 19, 1993.

PONTES, Jorge Marques. **A Importância do Legislador no Contrato Social**. Augusto Guzzo Revista Acadêmica, n. 12, p. 45-56, 2013.

QUINTANA, Segundo Victor Linares. **Responsabilidade do estado legislador**. Revista de Direito Administrativo, v. 5, p. 365-376, 1946.

RESENDE, Antônio José. **Conceito e evolução histórica do direito natural**. Revista do Curso de Direito da Faculdade Nossa Senhora Aparecida Ano III, Número 03, Jan. de 2015 ISSN 2358-7970, p. 5, 2016.

SMIT, Martin Prado Sander. **O cidadão e o legislador na ética e política de Aristóteles**. Humanidades em diálogo, v. 3, n. 1, p. 119-130, 2009.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck. **Poder Judiciário, "positivação" do direito natural e história**. Revista Estudos Históricos, v. 9, n. 18, p. 263-282, 1996.

## UMA DÉCADA DEPOIS: REFLEXOS DO JULGAMENTO DA ADPF 132 E DA ADI 4.277

**SUZANA MAURÍCIO NOGUEIRA:**

Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Oficiala de Justiça Avaliadora Federal.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar os reflexos advindos, na última década, a partir do julgamento conjunto, pelo Supremo Tribunal Federal, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.277, ocorrido em 04 de maio de 2011. Naquela oportunidade, em votação unânime, expurgou-se a possibilidade de haver qualquer interpretação do art. 1.723 do Código Civil que se baseasse em um sentido preconceituoso ou discriminatório. É indiscutível que, nos últimos tempos, a família percorreu um verdadeiro processo de pluralização, passando a se identificar com modelos de organização diversos, indo além daquele tradicionalmente estabelecido, qual seja, o padrão composto por um casal heterossexual e seus filhos. Tais arranjos familiares multifacetados terminaram por acarretar os mais variados questionamentos, os quais emergiram, em especial, a partir de lacunas na lei em contraste com a necessidade de reconhecimento de direitos. Um desses questionamentos levantados consistia na averiguação da possibilidade de casais homoafetivos constituírem uniões estáveis, assunto que, uma vez decidido pelo Supremo Tribunal Federal, impactou direta e decisivamente a vida de milhares de pessoas. A temática foi abordada sob o prisma de uma reflexão pautada no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos constitucionais à igualdade, à não discriminação, à liberdade e à intimidade.

**Palavras-chave:** família; união estável; homoafetividade; dignidade da pessoa humana.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A família: evolução e tutela constitucional. 3. As uniões homoafetivas e a decisão paradigmática proferida na ADPF 132 e ADI 4.277. 4. As uniões homoafetivas sob o enfoque do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. 5. Reflexos do julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277. 6. Breves considerações a respeito da adoção por casais homoafetivos. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

### 1. INTRODUÇÃO

A família deve ser vislumbrada, antes de tudo, como um espaço de amadurecimento humano, referências éticas, manifestações de apoio, norteamento de

condutas, compartilhamento de valores, enlacs afetivos. Partindo dessa premissa, por que a família teria que, em relação à sua composição, seguir, necessariamente, um determinado modelo? Por que uma união estável homoafetiva não poderia ser reconhecida enquanto entidade familiar, sendo a homoafetividade a sua única nota de distinção?

## **2. A FAMÍLIA: EVOLUÇÃO E TUTELA CONSTITUCIONAL**

O instituto familiar, segundo uma visão tradicional, considera-se enquanto um núcleo cuja composição segue à risca a equação: um homem + uma mulher = filhos do casal. Quase intuitivamente, associa-se a imagem da família ao casamento. Isso porque a noção de família que vem se perpetuando ao longo dos anos é de uma instituição que, além de matrimoniada, é hierarquizada, patriarcal, heterossexual. Tais características, por muito tempo, disseminaram-se não apenas como simples características, mas sim como verdadeiros requisitos indissociáveis sem os quais não poderia haver qualquer ideia de grupo familiar.

Ocorre que as relações de parentesco, uma vez que são pautadas no dinamismo e espontaneidade típicos dos relacionamentos humanos, estão em constante processo de mutação. A estrutura familiar historicamente estabelecida restou abalada, na medida em que passou a ser insuficiente ao enquadramento de todos os novos arranjos.

Com o advento de novas situações sociais e novos papéis a serem desempenhados dentro do contexto familiar, o significado da instituição foi-se reconstruindo e se reinventando. Essa evolução fática se percebe em uma breve digressão no que tange às Constituições brasileiras.

A Constituição Imperial de 1824 aludiu unicamente à Família Imperial, em capítulo designado "Da Família Imperial, e sua Dotação". Passando às republicanas, a Constituição Federal de 1891 apenas mencionava, em seu art. 72, § 4º: "A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita".

Um novo panorama surgiu com a Constituição de 1934, a qual, dedicando um capítulo exclusivamente à família, colocou-a "sob a proteção especial do Estado", nos termos do seu art. 144. Contudo, tal família ainda seria "constituída pelo casamento indissolúvel". Ademais, o art. 147 diferenciou filhos "naturais" e "legítimos", em que pese assim tenha procedido com o intuito de facilitar o reconhecimento desses filhos ditos "naturais".

A Constituição de 1937 acrescentou a infância e a juventude como objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, repriminando o seu abandono moral, intelectual ou físico. Estabeleceu ainda o direito dos pais miseráveis de "invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole".

Já as Constituições de 1946 e 1967, bem como a Emenda Constitucional nº 1/1969, não apresentaram inovações quanto ao tema.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. O § 4º dá continuidade: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Primeiramente, salienta-se que a Constituição de 1988 não repetiu a expressão “constituída pelo casamento”, até então presente nas Constituições, o que consubstancia um grande avanço. Nas palavras de OLIVEIRA (2002, p. 247), a família passa a ser concebida de forma mais moderna e ajustada às aspirações da sociedade contemporânea.

Por outro lado, observa-se que a utilização, pelo texto constitucional, da expressão “entre homem e mulher” pode, pelo menos à primeira vista, sinalizar um entrave ao reconhecimento de estruturas familiares envolvendo casais homoafetivos. A seguir, tratar-se-á dessa questão.

### **3. AS UNIÕES HOMOAFETIVAS E A DECISÃO PARADIGMÁTICA PROFERIDA NA ADPF 132 E ADI 4.277**

Na medida em que as uniões homoafetivas foram-se impondo, o Poder Judiciário, cada vez mais, foi sendo instado a manifestar-se acerca dos conflitos surgidos. Afinal, não havia como fechar os olhos a essa realidade, além de que se omitir ante as questões levantadas significaria dar margem a injustiças. Bem assinala DIAS (2011, p. 1047):

A ausência de respaldo jurídico a tal realidade social causou inúmeros prejuízos e injustiças, desde o não reconhecimento do direito à sucessão, passando pela ausência da presunção legal de esforço comum no patrimônio constituído, até a ausência de direitos sociais, como a pensão previdenciária por morte.

Ao dispor que a união estável e a família monoparental são reconhecidas como entidades familiares, a Constituição Federal de 1988 deixa em aberto a possibilidade de reconhecimento de variadas formas de entidade familiar, porquanto não se restringiu à união fundada no casamento e, ainda, não estabeleceu qualquer rol taxativo. Acrescenta-se, ainda, a inexistência de qualquer proibição a essa ou àquela constituição familiar.

Nessa situação, o aparente obstáculo às uniões homoafetivas se vê afastado diante da atividade de interpretação, cuja utilização é expressamente amparada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que preconiza em seus arts. 4º e 5º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios

gerais de direito” e “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Assim é que o Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, reconheceu a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, no julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 132 da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4.277, ocorrido em 04 de maio de 2011. O entendimento exarado pelo Ministro Ayres Britto, o qual se sagrou vencedor, utilizou-se da interpretação conforme a Constituição, excluindo qualquer sentido conferido ao art. 1.723 do Código Civil que impedisse o reconhecimento da união homoafetiva.

A fim de uma melhor compreensão, este é o texto que se lê no referido dispositivo: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

O histórico julgamento restou assim ementado:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição



Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano

dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski,

Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Obviamente, considera-se acertada e necessária a decisão do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que é ínsito ao Estado Democrático de Direito o fomento à liberdade dos indivíduos, não uma invasão indevida em suas questões pessoais ou uma série de restrições de direitos baseadas em preconceitos infames ou estigmas sem fundamento.

Assim como quaisquer características da personalidade do indivíduo, a opção sexual é resguardada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Poder exercê-la de forma livre e desimpedida é ver protegida a sua dignidade. Do contrário, tratar alguém de forma prejudicial em virtude da sexualidade pela qual optou denota conferir-lhe tratamento indigno, isto é, grave ofensa aos ditames constitucionais, que deve ser repelida de imediato.

O Ministro Relator Ayres Britto enfatizou que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide com o art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal, o qual veda toda forma de discriminação.<sup>244</sup>

---

244Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

Registre-se que, à época, essa era uma pauta que vinha ganhando força mundialmente. A título de exemplo, em 17 de junho de 2011, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a Resolução nº 17/19, primeira resolução das Nações Unidas a tratar sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero. Intitulada “Nascidos livres e iguais”, é considerada histórica, objetivando a igualdade entre os indivíduos sem distinção em razão da orientação sexual.

Destaca-se, ainda, o projeto aprovado naquele Conselho, em 26 de setembro de 2014, que expressa preocupação com atos violentos e discriminatórios cometidos contra indivíduos em virtude de sua orientação sexual e identidade de gênero, prevendo que a entidade avaliará, a cada dois anos, a violência homofóbica no mundo, tendo sido o Brasil um dos patrocinadores da causa.

#### **4. AS UNIÕES HOMOAFETIVAS SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O direito fundamental à igualdade se vê desrespeitado na medida em que é estabelecido um tratamento diferenciado a determinadas pessoas em razão tão somente das suas preferências pessoais. Nesse contexto, proibir que pessoas se unam em uniões estáveis homoafetivas significaria conferir uma lógica diversa a casos que devem ser igualmente tratados, aplicando-se o brocardo jurídico *ubi eadem ratio, ibi eadem jus* (onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito).

Com efeito, preconiza MELLO (2000, p. 10):

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

O direito à liberdade, insculpido no art. 5º da CF/88, também está previsto no artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Todos têm direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Nas palavras de CUNHA JÚNIOR (2013, p. 670), “o direito à liberdade consiste na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme a sua própria consciência”. O autor segue afirmando que o direito à liberdade consiste em poder buscar a realização pessoal e a felicidade.

---

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Interessante verificar que é justamente esse binômio realização pessoal-felicidade, sem prejuízo de outras motivações, que impulsiona os casais homoafetivos a lutarem pelo direito que possuem de serem adotantes.

Em seu aspecto sexual, o direito à liberdade consiste não apenas na possibilidade de exercer a própria sexualidade de forma livre, mas também alcança o poder de escolha quanto à orientação sexual. Observa-se que a intolerância a esse direito favorece a discriminação, mas pode ir além disso, culminando em exclusão e violência.

Ademais, nas palavras de DWORKIN (2005, p. 645), uma brilhante indagação que sintetiza toda a problemática: "será que uma 'maioria moral' pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificativa melhor do que a de desaprovar suas escolhas pessoais?". A resposta a esse questionamento, evidentemente, é negativa.

O art. 5º, inciso X, da CF/88 dispõe sobre a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. No mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado em 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, versa, em seu artigo 17.1: "Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação".

Desse modo, a orientação sexual, em se tratando de opção pessoal e individual, não deve sofrer intervenções indevidas, sob pena de violação à intimidade e à vida privada. Por conseguinte, não pode ser aceitável obstaculizar a formação de famílias por motivos que dizem respeito à sexualidade. Isso claramente representaria uma ingerência arbitrária por parte do Estado.

É certo que a possibilidade de casais homoafetivos formarem uniões estáveis encontra guarida nos direitos fundamentais elencados. Contudo, entende-se que o seu mais forte supedâneo reside no princípio da dignidade da pessoa humana.

Elencado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana possui um valor inegavelmente estruturante, funcionando como vetor interpretativo e inspirador de todo o ordenamento jurídico. Considerado valor supremo de toda a sociedade e matriz de todos os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana assim se mostra avaliada por SARLET (2002, p. 62):

[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo

e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser encarado não apenas como uma limitação ao poder estatal, como uma proibição de cometimento de atos desumanos. Além desse dever de abstenção, impõe-se que o Estado atue no sentido de promover a dignidade por meio de condutas positivas, reprimindo suficientemente os comportamentos que lhe sejam atentatórios, bem como aperfeiçoando as instituições, as leis e todos os instrumentos que facilitam o acesso a condições de vida dignas, as quais devem ser estendidas a todos os indivíduos.

Nesse contexto, cabe asseverar que o âmbito de proteção do referido princípio alberga toda e qualquer pessoa, sem distinções, em decorrência simplesmente da qualidade de ser humano. Assim, todo projeto de vida que não fuja à razoabilidade merece consideração. Nesse sentido, o escólio de Cançado Trindade no julgamento do caso *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, em 12 de setembro de 2005, na Corte Interamericana de Direitos Humanos:

O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre)

Haja vista que abrange o direito à igualdade e a proibição de tratamento discriminatório, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha especial relevo quando se enfocam as reivindicações dos casais homoafetivos.

Leciona SARMENTO (2008, p. 619), acerca da união homoafetiva, relacionando-a ao princípio da dignidade da pessoa humana:

O não-reconhecimento [da união homoafetiva] encerra também um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social. Aqui reside a violação do direito ao reconhecimento que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, como ser social, que vive inserido numa cultura,

em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade.

A família, hoje, atua como instrumento do mencionado princípio, sendo a esfera mais apropriada ao seu florescimento. É no universo familiar que se erigem as referências éticas, confere-se apoio, norteiam-se condutas, compartilham-se valores e, especialmente, manifesta-se afetividade. Esse desiderato, sem dúvidas, não é alcançado meramente se obedecendo a formalidades. O que importa, na verdade, é a conformação de um ambiente onde exista uma estrutura plena para o desenvolvimento saudável do indivíduo, prestigiando-se uma vida digna para cada um dos componentes do grupo familiar.

## 5. REFLEXOS DO JULGAMENTO DA ADPF 132 E DA ADI 4.277

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277 constituiu, inegavelmente, um relevantíssimo marco social e histórico, representando um avanço de significado inestimável.

A partir dela, uma parcela da sociedade que sempre foi discriminada e impossibilitada de exercer os mais variados direitos passou a poder assumir obrigações e ter prerrogativas reconhecidas de uma forma isonômica em relação às uniões existentes entre parceiros heterossexuais.

Noticia-se que, em pesquisa realizada pelo IBOPE, em julho de 2011, na qual se utilizou uma amostra probabilística de 2002 (duas mil e duas) entrevistas domiciliares em âmbito nacional, envolvendo diversas faixas etárias e classes socioeconômicas, o resultado revelou que 55% (cinquenta e cinco por cento) dos entrevistados se disseram contrários à união estável de casais homoafetivos. O mesmo percentual de pessoas afirmou desaprová-la por esses casais.

Infere-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal posicionou-se contrariamente à opinião de grande parcela da população brasileira à época. Isso demonstra, com ainda mais razão, o quão importante e necessária se mostrava aquela decisão. Além disso, esse reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas possibilitou e influenciou muitas outras decisões relacionadas à questão.

Uma delas ocorreu em 25 de outubro de 2011, quando a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir o **Recurso Especial 1.183.348**, garantiu aos casais homoafetivos o direito ao casamento de maneira direta, sem necessidade de haver a conversão de uma união estável anterior.

Na ocasião, concluiu-se não haver qualquer dispositivo do Código Civil que vedasse o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tampouco qualquer outro impedimento no ordenamento jurídico.

Nas palavras do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, “não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar”.

Tais decisões proferidas pelos Tribunais superiores abriram caminho para que, em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editasse a Resolução 175, segundo a qual é vedado às autoridades competentes recusar a habilitação, a celebração de casamento civil ou a conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob pena da imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para a adoção das providências cabíveis.

Em 2018, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277 foi merecidamente reconhecida como patrimônio documental da humanidade pelo Comitê Nacional do Brasil do Programa Memória do Mundo da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – Unesco, o que indica a sua indubitável relevância.

Outros progressos que podem ser mencionados são a viabilidade da adoção de crianças e adolescentes, bem como do uso de métodos de reprodução assistida por casais homoafetivos. A possibilidade de haver o reconhecimento de múltipla parentalidade é outra conquista que condiz com o atual cenário de legitimação de famílias plurais.

Importa salientar que o reconhecimento de direitos fomentado pela paradigmática decisão do Supremo não se limita a questões restritas ao Direito de Família – ou Direito das Famílias, como preferem expressivas vozes doutrinárias. De fato, a admissão igualitária quanto a novos arranjos familiares acarreta um enorme impacto o qual se irradia também para o âmbito de outros ramos do Direito, tais como o Direito Previdenciário, o Direito do Trabalho, o Direito das Sucessões.

Em outras palavras, os casais homoafetivos passaram a ter a possibilidade de, por exemplo, escolher o regime de bens a ser adotado, exigir pensão alimentícia um do outro, receber pensão por morte, suceder na condição de companheiro, ser incluído no plano de saúde do outro, ser declarado como dependente para fins de imposto de renda, obter licença-maternidade e licença-paternidade *etc.*



Denota-se que não são poucas as situações de abominável discriminação que ainda se fazem presentes no cotidiano. Não obstante, destaca-se que os avanços verificados na última década foram profundamente significativos.

Cumprido ressaltar que o Brasil se tornou o primeiro país em todo o mundo a assegurar o acesso ao casamento homoafetivo em razão de decisão judicial, não por força de lei.

Assim, compreende-se que, embora sejam inequivocamente louváveis os julgamentos advindos do Poder Judiciário, é verdadeiro que a jurisprudência se mostra um veículo mais frágil para a garantia de direitos, tendo em vista que o entendimento dos Tribunais pode se alterar à medida que se modificam as suas composições.

Faz-se interessante, conseqüentemente, que haja a consagração das vitórias alcançadas também na via legislativa, além da judicial, por se cuidar a lei de um modo bastante apropriado e acertado de conferir uma maior segurança jurídica aos referidos direitos.

## **6. BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS**

O instituto da adoção no Brasil obteve grandes avanços nas últimas décadas. Para tanto, fez-se de grande importância a admissão, pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), da doutrina da proteção integral, segundo a qual crianças e adolescentes são tidos como sujeitos de direitos, não meros objetos de medidas judiciais. Preconiza COSTA (1992, p. 19):

De fato a concepção sustentadora do Estatuto é a chamada Doutrina da Proteção Integral defendida pela ONU com base na Declaração Universal dos Direitos da Criança. Esta doutrina afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade o que torna as crianças e adolescentes mercedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos.

A Constituição Federal estabelece em seu art. 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à

cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral em 1989, teve um papel fundamental nessa evolução: “é o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 193 países” (UNICEF, 2014). Cabe aduzir que, antes mesmo da Convenção, o Pacto de San José da Costa Rica, em 1969, já determinava, em seu artigo 19, que “toda criança tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da família, da sociedade e do Estado”.

Atualmente, o procedimento para a adoção encontra-se previsto nos arts. 39 a 52-D do ECA. Como requisitos gerais, apresentam-se a exigência de ser o adotante maior de dezoito anos, como também ser dezesseis anos mais velho do que o adotado. Além disso, necessário é o consentimento dos pais ou representantes legais, quando conhecidos e dotados do poder familiar, e o consentimento do adotando, colhido em audiência, se maior de doze anos.

Aponta-se que não há qualquer exigência legal quanto ao estado civil do adotante, nem quanto ao casamento, no caso de adoção conjunta, a qual é possível também em sede de união estável. Tampouco se reclama que o adotante seja heterossexual. De fato, o que importa é que o ambiente familiar em que será inserido o menor seja condizente e propício ao seu desenvolvimento psicológico, afetivo e social. Seguindo essa linha, informa o art. 43 do ECA: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Como relatado acima, a heterossexualidade não é um requisito imposto pela lei ao adotante. Frise-se que a orientação sexual não é critério para a adoção e jamais poderia ser, uma vez que seria de patente inconstitucionalidade, indo de encontro a uma interpretação sistemática da Lei Maior, afrontando ainda a literalidade de seu art. 3º, inciso IV, que traz em seu conteúdo o direito à igualdade e à não discriminação: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Aniquilar o direito de paternidade ou maternidade de um casal homoafetivo em razão dessa condição constitui, claramente, inevitável afronta à dignidade humana. Afinal, a qualquer entidade familiar deve ser despendido um tratamento respeitoso e adequado, livre de qualquer violência ou discriminação.

Obstáculos como o explanado, que, desarrazoadamente, impedem a busca pela felicidade por motivos exclusivamente pertinentes à opção sexual necessitam, de pronto, serem removidos. Apenas assim se conferirá a devida primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao Direito, cabe tutelar a escolha daquele que opta por adotar um menor, consideradas todas as circunstâncias que ensejaram essa decisão. Afinal, é necessário lembrar que a adoção é, para além das questões jurídicas, um ato de amor. Deve-se, acima de tudo, prestigiar e abrigar os interesses e o bem-estar das crianças e adolescentes que aguardam pela oportunidade de viver em um lar.

## **7. CONCLUSÃO**

Dessa forma, conclui-se que, juridicamente, à luz dos direitos fundamentais, do princípio da dignidade da pessoa humana, dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, não se vislumbram obstáculos plausíveis e razoáveis ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Tanto é que, conforme rememorado, o Supremo Tribunal Federal não deixou quaisquer dúvidas, ao consignar essa possibilidade no julgamento conjunto da ADPF 132 e da 4.277, ocorrido em 04 de maio de 2011.

Constata-se que outra não poderia ter sido a conclusão do STF, uma vez que os possíveis entraves ao reconhecimento pleiteado advêm, invariavelmente, de comportamentos discriminatórios ou, ainda, convicções religiosas, o que não deve prosperar, uma vez que vivemos em um Estado laico, o qual deve, portanto, manter-se independente de qualquer dogma religioso. Por lógica, é dessa premissa, desprovida de preconceitos e impressões subjetivas, que se deve partir.

Passada uma década do advento de tal decisão, a qual se mostrou tão necessária e primordial à época, permanecendo essencial até os dias atuais, observa-se a ocorrência de muitos avanços em questões relacionadas ao assunto, como restou demonstrado.

A partir da célebre decisão do Supremo, houve, realmente, um paulatino reconhecimento, aos casais homoafetivos, de um leque de direitos cada vez mais amplo, sobretudo por meio de decisões judiciais. Não se nega que, claramente, ainda há muito pelo que essa parcela da população pretende lutar, mas, indiscutivelmente, existe também muito o que comemorar.

## **8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BÔAS, Regina Vera Villas Bôas. A dupla maternidade garantida às companheiras em união estável homoafetiva: criança concebida por inseminação artificial (paternidade desconhecida) por uma das companheiras e requerida em adoção unilateral pela outra companheira. *Revista de Direito Privado*, vol. 55, 2013.

BÔAS, Regina Vera Villas; SOUSA, Ana Maria Viola de. Organização da família contemporânea: complexidade e indefinição dos vínculos jurídicos. *Revista de Direito Privado*, vol. 48, p. 191, out/2011.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.  
BORGES, Fernando de Sousa Pinheiro. O princípio da dignidade humana e a adoção por homossexuais em união homoafetiva ou solteiros sob o paradigma do direito civil constitucional. *Revista de Direito Privado*, vol. 43, p. 275, jul/2010.

CASO GUTIÉRREZ SOLER *VERSUS* COLOMBIA, julgado na Corte Interamericana de Direitos Humanos em 12 de setembro de 2005. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_132\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2021.

CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Pages/WelcomePage.aspx>>. Acesso em: 28 set. 2021.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. Natureza e implantação do novo direito da criança e do adolescente. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 19.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – DUDH. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br>>. Acesso em: 20 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva – Um sonho convertido em casamento. *Revista dos Tribunais*, vol. 909, p. 1047, jul/2011.

DWORKIN, Ronald. A Virtude soberana: teoria e prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.645.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Liberdades públicas. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA – UNICEF. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10120.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm)>. Acesso em: 20 set. 2021.

IBDFAM. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br>>. Acesso em: 16 fev. 2022.

IBOPE INTELIGÊNCIA. Pesquisa “União estável entre homossexuais”, realizada entre 14 e 18 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www4.ibope.com.br/download/casamentogay.pdf>>. Acesso em: 01 nov 2021.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 jan 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: RT, 2002.

SALAZAR JR., João Roberto. Adoção por casais homoafetivos na Constituição Federal. São Paulo, 2006, 189 fls. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=4282](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4282)>. Acesso em: 01 dez. 2021

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição Federal de 1988. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. Casamento e União Estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coordenadores). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA JUNIOR, Hédio. O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na Constituição de 1988. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n° 38, 168-191, jan./mar. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

## **A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO OU NÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL, COM ENFOQUE NO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS**

**LUCAS MEDEIROS DE MOURA BARRETO ALVES:**

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Pós-graduando em Direito Constitucional. Assessor no Ministério Público Federal.

**RESUMO:** Em relação ao crime de lavagem de capitais, tem sido comum a utilização pela jurisprudência nacional da teoria da cegueira deliberada para fins de verificação do dolo do agente da conduta delitiva, o que, em alguns casos, nem sempre parece ser a melhor solução. Nesse sentido, a fim de se resguardar os princípios da legalidade, subsidiariedade, segurança jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais, serão estudadas as principais matrizes teóricas que deram ensejo à utilização da referida teoria no Brasil, a fim de que se possa melhor definir e afixar parâmetros seguros ao aplicador do direito, caso entenda pela aplicação desta teoria no caso concreto.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Breves Considerações sobre o Delito de Lavagem de Dinheiro; 3. Da Teoria da Cegueira Deliberada. 3.1 Recepção doutrinária; 3.2 Recepção jurisprudencial. 4. A utilização de filtros para o uso da Teoria da Cegueira Deliberada nos crimes de lavagem de dinheiro. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

**PALAVRAS-CHAVE:** lavagem de capitais; teoria da cegueira deliberada; aplicabilidade.

### **1. INTRODUÇÃO**

Se é certo que, para incorrer na prática do crime de lavagem de dinheiro, é preciso que o agente pratique uma das condutas previstas no tipo penal misto alternativo previsto no artigo 1º da Lei n.º 9.613/98, por outro lado, tendo em vista que no Brasil não se admite a responsabilização objetiva na esfera penal, quanto ao elemento anímico, essencial à configuração do fato típico, as maiores controvérsias residem na prova do dolo, esse último na condição de imprescindível, já que não se pune o delito de lavagem a partir exclusivamente do elemento culposos.

Nesse ponto, a despeito da constatação de uma explosão de estudos e obras jurídicas sobre o tipo penal objetivo do crime de lavagem de capitais, o que muito se justifica em razão de que o delito de lavagem é um crime de forma livre, que pode ser praticado sob as mais diversas formas, o que exsurge uma intrínseca tendência de se estudá-lo, por outro lado, vê-se que tem sido comum a utilização da teoria da cegueira deliberada para fins de verificação do elemento psicológico, sendo esse um ponto que demanda maiores digressões, sobretudo a partir de uma pesquisa bibliográfica e

jurisprudencial, uma vez que seu uso indevido poderá propiciar uma indevida punição penal em situações não previstas pelo legislador, ao arrepio da legalidade.

Ciente dessa necessidade, fazendo-se valer do método dedutivo em todo o trabalho, a partir de uma abordagem qualitativa, com o objetivo explicativo, pretende-se neste artigo, aferir como a doutrina e os tribunais nacionais recepcionaram e aplicam a aludida teoria, bem como, ao final, lançar conclusões acerca da sua viabilidade ou não na persecução penal contra os crimes de lavagem de capitais, à luz da Constituição Federal de 1988 e do Código Penal Brasileiro.

## **2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO**

O crime de lavagem de dinheiro é previsto no artigo 1º da Lei n.º 9.613/98, com redação dada pela Lei n.º 12.683/12, cuja conduta consiste em:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Com a aludida reforma legislativa, observa-se que a legislação que prevê os crimes contra a lavagem de capitais foi erigida ao que se denomina de legislação de 3ª geração, na medida em que, conforme alerta Marcelo Batlouni Mendroni (2013, p. 63), deixa-se ao poder discricionário do Poder Judiciário a emissão do juízo de tipicidade da lavagem de capitais conforme qualquer que seja o delito antecedente, analisando-se, à luz de um caso concreto, suas circunstâncias jurídico-penais relevantes, independentemente de qualquer rol enumerativo das condutas antecedentes a este crime.

Decerto, evidencia-se um importante passo rumo à efetividade da criminalização do delito em comento. De todo modo, para sua ocorrência no mundo sensível, não basta o elemento subjetivo, isto é, a culpa. Isso porque não há previsão legal nesse sentido, tal como determina o art. 18, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro. É necessário, portanto, o dolo para a sua configuração.

Controverte a doutrina acerca de qual seria a natureza do dolo admitida pela legislação. Com efeito, para Sanches (2020, p. 258) o dolo é direto ou tido como intencional quando o agente prevê um resultado, mobilizando sua conduta com a intenção de realizá-lo no mundo dos fatos.

Já o dolo é indireto ou indeterminado (2020, p. 258) quando não se visa um determinado resultado certo e determinado, podendo ser alternativo, quando se prevê uma gama de resultados, dirigindo-se a conduta para consumir qualquer um deles, ou eventual, quando se prevê os mesmos resultados, mas se quer realizar um determinado evento, assumindo-se o risco, porém, de ensejar outro.

Se é certo que não há maiores controvérsias acerca da aplicabilidade do dolo direto quanto ao crime em espécie, por outro lado, ainda ecoam na doutrina maiores dúvidas sobre o reconhecimento do dolo indireto, com ênfase no dolo eventual, especialmente em se tratando da modalidade equiparada à lavagem de capitais, prevista no art. 1º, § 2º, I, da Lei n.º 9.613/98, a seguir descrita:

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

Para Marcelo Batlouni Mendroni (2013, p. 80), aceitar o dolo indireto em relação à referida conduta seria medida salutar para punir também o agente *testa-de-ferro*, o que seria coerente com o teor do art. 4º da Lei, para a aplicação, também em relação a ele, das medidas assecuratórias ali previstas.

O referido autor (2013, p. 106), todavia, afirma que não basta que o agente desconfie da atividade criminosa, devendo ser provado, pelos meios possíveis (por exemplo, escuta telefônica), que tal pessoa *conhecia* a ação criminosa.

Por outro lado, ao que parece seguir parcela intermediária da doutrina, Fausto de Sanctis (2008, p. 51) entende pelo cabimento do dolo eventual apenas nos dispositivos previstos no art. 1º, *caput* e parágrafo 1º, assim como no § 2º, inciso I, sendo tal posicionamento também adotado por Pierpaolo Cruz Bottini (2015, p. 171).

Em nossa perspectiva, não nos parece razoável afastar, *a priori*, a aplicação do dolo eventual para fins de tipicidade das hipóteses previstas na Lei n.º 9.613/98, o que costuma ser feito sob o argumento de que essa tese poderia impor ônus excessivo às atividades econômicas e financeiras, tal como conforme defende Pierpaolo Bottini (2015, p. 171), porquanto a origem do dinheiro sempre seria de duvidosa procedência.

Nesse ponto, há de se discordar do referido segmento intermediário, porque reconhecer a inaplicabilidade do dolo eventual se mostraria como uma violação àquilo que o legislador previu no artigo 18 do Código Penal, isto é, o fato do agente ter assumido o risco como fundamento hábil a justificar o dolo para fins de preenchimento do elemento interno da conduta.

Posto isso, passa-se a uma análise da teoria da cegueira deliberada, com vistas à sua aplicabilidade ou não nos crimes de lavagem. Vejamos.

### **3. DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA**



Cada vez mais as discussões sobre a possibilidade ou não de se atribuir à *teoria da cegueira deliberada* a suficiência para a sua configuração enquanto crime de lavagem despertam o interesse da doutrina nacional.

Essa hipótese, a bem da verdade, consiste em saber se o dolo eventual, comumente associado à teoria da cegueira deliberada, pode figurar como elemento subjetivo do crime insculpido no *caput* do artigo 1º da Lei de Lavagem. É o que se passa a debater.

### 3.1 Recepção doutrinária

Sobre o assunto, conquanto a doutrina brasileira ainda não adote posicionamento uníssono acerca dessa possibilidade, vale destacar, inicialmente, a perspectiva lançada no Brasil por Sérgio Moro (2007, p. 88), que, com base na construção da jurisprudência norte-americana intitulada de *willful blindness* ou *conscious avoidance*, foi o responsável por introduzir a teoria da cegueira deliberada no direito brasileiro.

Em sua visão, a teoria consistiria em reconhecer preenchido o elemento subjetivo desde que o agente se mostre conhecedor da alta chance de se estar lidando com ativos de origem ilícita e deliberadamente opte por ficar alheio dessa realidade. É dizer, para o autor, se revela aplicável:

desde que presentes os requisitos exigidos pela doutrina da ignorância deliberada, ou seja, **a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza e origem criminosa dos bens, direitos e valores envolvidos e, quiçá, de que ele escolheu permanecer alheio ao conhecimento pleno desses fatos**, não se vislumbra objeção jurídica ou moral para reputá-lo responsável pelo resultado delitivo e, portanto, para condená-lo por lavagem de dinheiro, dada a reprovabilidade de sua conduta (Moro, 2007, p. 101). **(grifo nosso)**.

O segmento da doutrina que pugna pela sua utilização no ordenamento nacional, liderado por Sérgio Moro, entende pela sua aplicabilidade por se tratar de um equivalente ao dolo eventual, que é instituto previsto no Código Penal.

Para melhor demonstrar essa perspectiva, interessa observar uma descrição realizada por Rodrigo Prado (2011, p. 241) de como a teoria foi implantada no Brasil. Assevera o aludido autor que a utilização da cegueira deliberada *stricto sensu* corresponderia a uma conduta pautada pelo dolo eventual, onde o agente assumiria o risco de produzir o resultado a partir do momento em que, ciente do risco da prática de um delito, optar por se privar do conhecimento de tal realidade, não prevenindo, por fim, a lavagem dos capitais.

Por outro lado, a doutrina contrária ao seu uso assevera que se poderia encontrar óbices a partir do que prescreve o Código Penal<sup>245</sup>. Assim delineia Rodrigo Leite Prado (2011, p. 240), no sentido de que “*de lege data*, parece intransponível a barreira da criação de um terceiro título de imputação dolosa no Direito brasileiro, a par do dolo direto e do dolo eventual”.

Em palavras simples, este segmento doutrinário repele a aludida teoria, simplesmente porque o sistema jurídico penal já oferece os institutos jurídicos suficientes para a reprimenda penal, não se mostrando necessária a criação de mais um outro.

Importa, ainda, destacar a doutrina de Pierpaolo Cruz Bottini (2015, p. 172), ao considerar que a sua aplicação sem limites poderá implicar em efeitos negativos, motivo pelo qual seria forçoso que o agente adote com total consciência barreiras ao conhecimento das circunstâncias, visando não entrar em contato com a atividade ilícita, caso ela aconteça.

À vista desse cenário nebuloso, parece, todavia, que o estudo da teoria da cegueira deliberada encontrou sua melhor disciplina e, ao mesmo tempo, a pretensão pela sua extinção, a partir das lições de Guilherme Brenner Lucchesi.

Em sua obra, Lucchesi (2017, p. 129) cuida inicialmente de evidenciar como a teoria é aplicada nacionalmente pela doutrina e pelo Poder Judiciário brasileiro, tendo-se chegado aos seguintes casos de aplicabilidade: a) ciência da elevada probabilidade de que os bens envolvidos tinham origem ilícita; b) o agir marcado pela indiferença quanto ao conhecimento dessa elevada probabilidade; e c) a escola deliberada pela ignorância em relação aos fatos.

Acontece que, no direito norte-americano, ambiente no qual esta teoria floresceu, sua aplicabilidade foi essencialmente restrita pela jurisprudência, construindo-se parâmetros claros sobre as hipóteses em que ela será aplicável, os quais, conforme será possível atentar, divergem daqueles comumente aplicados no Brasil.

A situação é bem explicada por Lucchesi (2017, p. 129), em que de acordo com construção jurisprudencial norte-americana, a teoria tem sua aplicação reservada aos casos em que o agente está: a) ciente da elevada probabilidade de existir uma circunstância verificada no elemento central do tipo penal; b) adota conduta deliberada de evitar comprovar a existência da referida circunstância, isto é, evitou buscar o seu conhecimento; e c) não acredita na inexistência do fato.

---

<sup>245</sup> Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente **quis o resultado** ou **assumiu o risco** de produzi-lo; (grifos nossos).

Como se vê, a dogmática canarina se apoia em conceitos indeterminados, tais como "origem ilícita", "indiferença", "ignorância", que destoam nitidamente daquilo que originariamente a jurisprudência norte-americana buscou racionalizar e parametrizar, para fins de aplicação.

Nesse particular, se é certo que uma tentativa desenfreada de se buscar o sentido original (originalismo) de um determinado instituto pode engessar a sua aplicação pelo intérprete, por outro lado, parece razoável exigir um mínimo de fidelidade da sua aplicação aos seus fundamentos, sob pena de se cada vez mais intensificar um cenário de segurança jurídica.

A problemática, contudo, não se resume a este ponto. Além disso, Lucchesi (2017, p. 150) alerta que a cegueira deliberada teria sido criada, em verdade, com vistas a suprir, por intermédio da ciência pelo agente da elevada probabilidade de existência de circunstância elementar caracterizadora de crime, o requisito do *knowledge* (quando exigível para a configuração do fato típico de um determinado delito naquele país), constituindo fato equivalente à sua verificação.

É dizer, reputa-se configurado o preenchimento do elemento do *conhecimento* a partir do *desconhecimento* provocado a partir de conduta do agente (Lucchesi, 2017, p. 152).

E é justamente com base nisso que Lucchesi (2017, p. 152) conclui que não seria permitida a sua utilização com base na legislação vigente no Brasil, isto é, os artigos 18 e 20 do Código Penal, uma vez que tanto o sistema jurídico-penal norte-americano de imputação, que a utiliza, possui limites menos intensos ao preenchimento do 'conhecimento', como porque corresponderia a uma ampliação indevida do alcance dos tipos penais.

Entrementes, para o aludido autor (2017, p. 156), sequer seria possível fazer-se valer da cegueira deliberada no Brasil por meio do dolo eventual, uma vez que a indiferença não é elemento exigível para a incidência da *willful blindness* em qualquer decisão nos Estados Unidos, assim como não haveria qualquer vínculo entre o dolo eventual e o requisito da indiferença, já que além da previsão normativa "assumir o risco de produzir o resultado" não corresponder necessariamente a qualquer grau de indiferença do agente, existem diversas teorias sobre o dolo, não sendo razoável reduzi-lo indevidamente à teoria da indiferença.

Em sendo assim, Guilherme Lucchesi (2017, p. 190) conclui que a teoria da cegueira deliberada se manifesta como desnecessária, já que o que se exige para que exista a punibilidade é a demonstração do dolo, isto é, se o conhecimento do resultado típico era algo que o autor detinha à época da conduta.

### 3.2 Recepção jurisprudencial

Seja como for, é se destacar que a jurisprudência nacional vem conferindo aplicabilidade ao instituto.

Fê-lo, em especial, o Supremo Tribunal Federal, conforme se pode aferir do julgamento dos autos da Ação Penal n.º 470. Nesse julgamento, embora o posicionamento de alguns Ministros, a exemplo do Ministro Dias Toffoli, tenha sido no sentido de aplicá-la apenas após a reforma ocorrida na Lei n.º 9.613/98 de 2012<sup>246</sup>, por outro, a partir dos votos do Ministro Celso de Mello e da Ministra Rosa Weber, vê-se não haveria limites para a aplicação da tese do dolo eventual nos crimes de lavagem de capitais a partir de alusão à teoria da cegueira deliberada.

Para melhor aferir o exposto, *vide* trecho do Informativo n.º 684 do STF e do voto da Ministra Rosa Weber, no julgamento da referida ação penal (*vide* fl. 1273 do acórdão), a saber:

(Voto do Ministro Celso de Mello): Ato contínuo, **o decano da Corte, Min. Celso de Mello admitiu a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores mediante dolo eventual, com apoio na teoria da cegueira deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida.** Realçou que essa doutrina não se aplicaria em relação a Anderson Adauto, João Magno e Paulo Rocha, cujas condutas julgou impregnadas de dolo direto, porque buscaram conferir aparência lícita a dinheiro de origem ilícita. Versou que ao se utilizarem do mecanismo viabilizado pelo Banco Rural e pela SMP&B — a dificultar ou impossibilitar o rastreamento contábil do dinheiro ilícito —, os réus pretendiam ocultar o rastro de suas participações, sabidamente frutos de crimes contra a Administração Pública e o sistema financeiro nacional. Obtemperou que a legislação pátria consideraria ocultação, dissimulação ou integração etapas que,

<sup>246</sup> *Vide* fl. 3274 do Acórdão da AP n.º 470. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>, Acesso em 09/08/2019.

A título ilustrativo, veja-se: **“O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Exatamente. Com a nova legislação, eu penso que já é possível refletir sobre a aplicação do dolo eventual na questão da lavagem, porque todo e qualquer crime dá ensejo à tipificação da lavagem.** Então, esse era um segundo ponto que eu gostaria de deixar aqui esclarecido aos Colegas e à comunidade jurídica. O terceiro ponto que eu gostaria também de trazer é que eu não compactuo com a ideia do exaurimento. No caso do João Paulo Cunha, como eu o absolvi, eu não entrei nesse debate. Mas, hoje, votou a Ministra Rosa, acompanhando, no ponto específico, o Ministro Cezar Peluso”. (grifo nosso).

isoladamente, configurariam crime de lavagem. **(Info 684)**. (grifo nosso).

(Voto Ministra Rosa Weber): Assim, **parece-me que não admitir a realização do crime de lavagem com dolo eventual significa na prática excluir a possibilidade de punição das formas mais graves de lavagem, em especial a terceirização profissional da lavagem**. O caso presente ilustra essa hipótese, pois houve, no caso do PP e do PL, a contratação de empresas financeiras que lavaram o numerário repassado pelas contas das empresas de Marcos Valério de uma forma bastante sofisticada. **Ainda que tivessem ciência da elevada probabilidade da procedência criminosa dos valores lavados, é difícil, do ponto de vista probatório, afirmar a certeza dos dirigentes dessas empresas quanto à origem criminosa dos recursos. Sem admitir o dolo eventual, revela-se improvável, em regra, a condenação dos lavadores profissionais**. (grifos nossos).

(...)

**O Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (willful blindness doctrine)**. Para configuração da **cegueira deliberada** em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, **(i)** a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, **(ii)** o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e **(iii)** a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa. (grifos nossos).

A seu turno, atribuindo-lhe a necessidade de o agente fingir não perceber determinada situação de ilicitude para a verificação da teoria da cegueira deliberada, veja-se o entendimento Superior Tribunal de Justiça, a seguir descrito:

(...)

**1. Para que ocorra a aplicação da teoria da cegueira deliberada, deve restar demonstrado no quadro fático apresentado na lide que o agente finge não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida.** Óbice da Súmula 7/STJ. O Tribunal de origem baseou seu entendimento no contexto fático-probatório da demanda para

firmar seu posicionamento no sentido de absolver o réu quanto à prática do delito previsto no art. 313-A, do Código Penal - CP. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1565832 / RJ, Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, T5 - QUINTA TURMA, **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, DJe **17/12/2018**). (grifos nossos).

Não é outro, pois, o entendimento que vem prevalecendo, qual seja a aplicabilidade da teoria no delito de lavagem de capitais, a revelar, portanto, a necessidade de se aprofundar cada vez mais com os estudos sobre o tema.

#### **4 A UTILIZAÇÃO DE FILTROS PARA O USO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO**

Com efeito, é incontroverso afirmar que não é lícito, ao Poder Judiciário, ampliar o alcance do texto normativo penal ao arrepio da legalidade, sob pena se legitimar uma violação ao substrato que sustenta o direito penal, isto é, a subsidiariedade de sua aplicação às hipóteses em que o legislador considerou sobremaneira reprováveis a ensejar o exercício da punibilidade sob a ótica criminal.

Nesse ponto, dentre as mais diversas hipóteses em que se pode vislumbrar a violação dos princípios da subsidiariedade e da legalidade (artigo 5º, XXXIX, da CF/88), chama-se a atenção à possibilidade de utilização desvirtuada da teoria da cegueira deliberada como artifício para a punibilidade de crimes em que o legislador não previu a punição a título culposo, a exemplo da lavagem de dinheiro, situação essa que se revela reprovável e atentatória àqueles princípios.

Tal decorre, inexoravelmente, da constatação de que o dolo, em sua acepção direta, de segundo grau ou até mesmo eventual, é requisito exigido pelo Código Penal (artigo 18, inciso I, combinado com artigo 20 do CPB) para a punibilidade de crimes como a lavagem de dinheiro.

Observada esta inafastável premissa, ainda que a teoria da cegueira deliberada possua, *de per se*, questionável utilidade a fim de melhor demonstrar o elemento anímico do agente, é inegável a sua aplicação pelo Poder Judiciário Nacional, o que leva a reconhecer a necessidade de se estabelecer parâmetros seguros pelo intérprete.

Nesse particular, propõe-se que a teoria seja aplicada a partir de dois filtros ou etapas. O primeiro, decorre de lição fundamental, qual seja a imperiosidade de que seu uso no caso concreto se atenha à observância dos parâmetros originariamente construídos e fixados pela jurisprudência norte-americana, afinal de contas, sem essa fidelidade, dar-se-á azo ao arbítrio.

São eles, de modo sumariamente descritos por Lucchesi (2017, p. 129), nos casos em que o agente está: a) ciente da elevada probabilidade de existir uma circunstância verificada no elemento central do tipo penal; b) adota conduta deliberada de evitar comprovar a existência da referida circunstância, isto é, evitou buscar o seu conhecimento; e c) não acredita na inexistência do fato.

A busca pela constatação à luz de um caso concreto dos referidos parâmetros se revela de sobremaneira importância ao intérprete da norma penal, que deverá realizá-la como um verdadeiro juízo negativo de animosidade. É preciso que o aplicador do direito se certifique e assim demonstre de que o sujeito efetivamente representou o objeto ilícito do risco penalmente protegido e solenemente decidiu prosseguir com sua conduta, alcançando a vantagem pretendida, no caso corporificada por alguma das condutas previstas no *caput* ou §§ 1º ou 2º da Lei n.º 9.613/98.

Afinal de contas, se em hipotética situação fática sequer seja possível aferir uma ciência da elevada probabilidade da existência de uma circunstância elementar do tipo penal, o eventual procedimento investigatório deverá ser arquivado ou, se já ajuizada a ação penal, sumariamente rejeitada, na forma do art. 395, III, do Código de Processo Penal.

Como segundo filtro, e neste ponto vale atentar, tendo em vista que apenas deverá ser analisado desde que ultrapassado o primeiro filtro (ou etapa), entende-se pela necessidade de que a utilização de conceitos indeterminados, como a “indiferença”, “ignorância”, “fingimento”, seja na peça acusatória (art. 41 do Código de Processo Penal), seja no próprio édito condenatório, sejam devidamente demonstrados e associados por intermédio de cotejo com todos os elementos de convicção apurados na investigação criminal e das provas produzidas em juízo, em especial a testemunhal e o seu interrogatório.

É dizer, não parece possível que se tenha como vislumbrada no caso concreto a teoria da cegueira deliberada mediante o uso de termos vagos, isto é, de muletas retóricas que não ilustrem e demonstrem, à toda evidência, que era dado ao agente aperceber-se de que muito provavelmente se praticou a elementar de um tipo penal, e que, crente não mais da sua inexistência, evitou tomar conhecimento dela, em atenção à segurança jurídica e ao dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88).

## **5. CONCLUSÃO**

Ao final e ao cabo, vê-se que em relação ao crime de lavagem de capitais, tem sido comum a utilização da teoria da cegueira deliberada para fins de verificação do elemento interno da conduta, o que, em análise à sistemática do ordenamento jurídico nacional, nem sempre parece ser a melhor solução, sobretudo quando se pretende utilizá-la com vistas à punibilidade de crimes em que o legislador não previu a punição a título culposos, ao

arrepio da legalidade, já que os fundamentos costumeiramente utilizados divergem daqueles que originariamente configuram o instituto.

Por outro lado, ainda que a teoria da cegueira deliberada possua, por si só, questionável aplicabilidade, os parâmetros por ela utilizados, desde que na sua acepção original construída pela jurisprudência norte-americana, podem guiar o aplicador do direito no exercício da identificação do dolo do agente no crime de lavagem de capitais, já que se em hipotética situação fática sequer seja possível aferir uma ciência da elevada probabilidade da existência de uma circunstância elementar do tipo penal, o eventual apuratório deverá ser arquivado ou, se já ajuizada a ação penal, sumariamente rejeitada.

Propõe-se, dessa forma, que se faça uma análise do dolo do agente a partir de dois filtros. O primeiro deles, com vistas a identificar se lhe era dado aperceber-se de que muito provavelmente se praticou a elementar de um tipo penal, e que, crente não mais da sua inexistência, evitou tomar conhecimento dela. O segundo, por sua vez, de ordem mais pragmática, pugna pela necessidade de que a utilização de conceitos indeterminados seja parcimoniosa, em virtude de que seu uso desmoderado, alheio de uma vinculação aos elementos de convicção e provas produzidas no processo, pode ensejar um cenário de violação à segurança jurídica e ao dever de fundamentação das decisões judiciais.

## 6. REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Prevenção à Lavagem de Dinheiro: Novas Perspectivas sob o prisma da Lei e da Jurisprudência. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais** | vol. 67/2015 | p. 163 - 195 | Jan-Mar / 2015, DTR\2015\7989.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Geral** (arts. 1º ao 120). – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2020.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a Culpa como Dolo**: O uso da cegueira deliberada no Brasil. - 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. - 4 ed. - São Paulo: Atlas, 2018.

MORO, Sérgio Fernando. **Sobre o Elemento Subjetivo no Crime de Lavagem**. *In*: MORO, Sérgio; JÚNIOR, José Paulo Baltazar (Org.). Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. 1 ed. - Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2007, p. 91-112.

SANCTIS, Fausto Martin. **Antecedentes do Delito de Lavagem de Valores e os Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. *In*: MORO, Sérgio; JÚNIOR, José Paulo Baltazar (Org.). Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em



homenagem ao Ministro Gilson Dipp. 1 ed. - Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2007, p. 55-69.

PRADO, Rodrigo Leite. **Dos Crimes:** Aspectos Subjetivos. *In:* Lavagem de Dinheiro: Prevenção e Controle Penal. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 223-250.

## UMA ANÁLISE ACERCA DA EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO

**ERIKA CAROLINE FEIJÃO BEZERRA MESQUITA:**

Advogada, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões, pela Faculdade Damásio; pós-graduanda em Psicologia e a Síndrome da Alienação Parental, pela UNIBF.

LARISSA MARIA DE MORAES LEAL

(orientadora)

**RESUMO:** Este estudo objetivou analisar o cabimento da equiparação da união estável ao casamento dada pela jurisprudência do STF e STJ, bem como identificar se isso tem sido submetido aos valores constitucionais da segurança jurídica e da dignidade humana, a fim da manutenção do Estado Democrático de Direito. Para tanto, foi utilizado como método para coleta de dados a pesquisa bibliográfica, através da pesquisa doutrinária e jurisprudencial levantada no referencial teórico sobre a Teoria do Fato Jurídico, os aspectos da segurança jurídica e a natureza dos institutos. A partir dessa análise, foi possível perceber a importância que a segurança jurídica tem nesse assunto, tal como a natureza jurídica desses institutos, possibilitando observar se é cabível ou não a equiparação que está sendo dada à união estável em relação ao casamento. Infere-se nesse estudo, por meio das pesquisas realizadas, que tem sido inadequado o comportamento jurisprudencial, tendo em vista o tratamento dado ao tema estar sendo superficial.

**Palavras-Chaves:** Equiparação. União Estável. Casamento. Segurança Jurídica. Fato Jurídico. Princípios.

**ABSTRACT:** This study aimed to analyze the suitability of the equivalence between marriage and common-law marriage issued by the Brazilian supreme court and its jurisprudence, and likewise to identify if it has been suitable to legal certainty, human dignity, and the constitutional values, to maintain the democratic State ruled by law. For this purpose, data collection consisted in bibliographical research as a method, through doctrinal and case-law research raised in the theoretical frame on Legal Theory, aspects of legal certainty and the nature of the institutes. From this analysis, the importance of legal certainty has been highlighted, thus enabling an overview of the suitability of the equivalence between marriage and common-law marriage. Through this research, one can conclude the judicial behavior as unsuitable, because of the superficial approach for this theme.

**Keywords:** Equivalence. Common-law Marriage. Marriage. Legal Certainty. Legal Fact. Principles.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. PANORAMA DO DIREITO DE FAMÍLIA. 3. OS INSTITUTOS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO. 3.1. ACERCA DO CASAMENTO. 3.2. ACERCA DA UNIÃO ESTÁVEL. 3.3. JURISPRUDÊNCIA E A EQUIPARAÇÃO DOS INSTITUTOS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO. 4. A EQUIPARAÇÃO CONSIDERADA NO ÂMBITO DO ORDENAMENTO JURÍDICO. 4.1. SEGURANÇA JURÍDICA. 4.2. NEGÓCIO JURÍDICO E ATO FATO. 5. CONSIDERAÇÕES DIVERGENTES SOBRE O TEMA. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 226 §3º, foi um marco brasileiro no direito de família, especialmente no que concerne a dar à União Estável caráter de entidade familiar, tal qual o casamento, conferindo a ambos igual hierarquia. Isso porque a união estável sempre existiu, só não era reconhecida como tal. Em 1960, começou se desenhar o que seria a união estável por meio da distinção entre concubinato próprio e o impróprio (relação adúltera), mas alcançou sua plenitude de entidade familiar hierarquicamente igual ao casamento em 1988. Naturalmente, tal falta de reconhecimento no passado gerou uma série de consequências desastrosas para o direito de família, que visa amparar juridicamente as famílias, inclusive em seus efeitos.

Nessa perspectiva, o direito brasileiro tem se estabelecido histórica e doutrinariamente diferenciando os institutos da união estável e do casamento, principalmente no tocante à sua natureza jurídica, respectivamente: ato fato e negócio jurídico. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2017, firmou entendimento no sentido de que, para fins sucessórios, o companheiro deveria ser equiparado ao cônjuge, no precípuo princípio da Dignidade Humana. Isso gera uma série de questionamentos, afinal, existe toda uma sistemática jurídica anterior a esse entendimento. Além disso, será que de fato há um desrespeito ao princípio constitucional da dignidade humana, ou pelo contrário (tendo em vista que, respeitando os institutos, pessoas têm sua vontade respeitada)? Parece-nos que o debate envolve questões de análise muito mais profundas, valendo um olhar mais atento ao conhecimento acerca do que se propõe o direito de família, os institutos do direito civil, a segurança jurídica e a doutrina como um todo frente a essa problemática.

Portanto, buscamos reunir informações com o propósito de analisar a seguinte questão: há viabilidade jurídica na equiparação da união estável ao casamento?

O objetivo é observar o cabimento ou não da equiparação dos efeitos da união estável ao casamento, denotando como eles se instituíram no ordenamento jurídico, como eles formaram-se e qual a atual posição dos mesmos.

Diante de uma sociedade em constante mudanças, é elementar que o direito de família esteja acompanhando tal realidade. O fato é que isso deve ser feito de forma responsável para que tenhamos um Estado em pleno gozo da ideia de democracia. Isso porque o sistema jurídico deve transmitir segurança - tal qual um dos valores fundamentais da Constituição Cidadã - observando como a doutrina tem se comportado e para que determinados institutos são formados.

Aplicando tais critérios na perspectiva das entidades familiares, tem-se que tal pluralidade existe porque as pessoas têm escolhido a forma como querem se relacionar e como querem que isso se desenvolva. Ao trazer equiparações dessas entidades, tem-se a aproximação uma do outra, e a existência de tal multiplicidade familiar termina sem sentido. Assim, esse trabalho tem ligação direta com a realidade de nossas famílias, além de observar o quadro constitucional e civil.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, foram utilizadas pesquisas bibliográficas, as quais foram principalmente obtidas na doutrina jurídica do direito civil e constitucional e em publicações científicas.

O trabalho de conclusão de curso estrutura-se em 4 capítulos, apresentando-se no primeiro um panorama do direito de família, mostrando a relação intrínseca da sociedade, direito e núcleo familiar para localizarmos a importância do assunto aqui tratado. No segundo capítulo, iremos conhecer os institutos da união estável e do casamento, demonstrando suas origens, estabelecimentos doutrinários acerca da sua natureza jurídica, e por fim o comportamento jurisprudencial recente de como tais institutos têm sido tratados. No terceiro capítulo, tratamos de elementos essenciais que devem ser considerados antes da equiparação: a segurança jurídica e seus aspectos teóricos; e o fato jurídico, especificamente no tocante ao que nos interessa: negócio jurídico e ato-fato. No último capítulo, então, tendo a base necessária para a discussão, demonstram-se os entendimentos divergentes acerca do tema, e a importância dos diversos argumentos.

É importante ressaltar que a intenção não é esgotar o tema, mas chamar atenção aos aspectos jurídicos que envolvem a constituição dessas famílias e como isso pode de fato atingir a realidade social. Isso não exclui a possibilidade de exploração do tema na perspectiva de aprimorar o instituto da união estável.

## **2. PANORAMA DO DIREITO DE FAMÍLIA**

A história do Direito das Famílias é um quadro em constante mudança, e indissociável da história do direito. Desde o Paleolítico Superior, em que os homens começaram a se organizar em grupo, aumentando inclusive a qualidade de vida deles - basta observar a técnica das artes e instrumentos altamente avançados (BURNS, 1983)<sup>247</sup>. Especificamente em relação às origens do direito, é possível percebê-las concomitantemente a partir da formação da sociedade.

John Gilissenn (2001)<sup>248</sup>, em sua Introdução Histórica ao Direito, trata da evolução social dividida em quatro estágios: primeiro, a formação de laços pelos diferentes sexos; depois, a soberania da mãe, expressa pelo matriarcado, quando ainda não havia casamento; posteriormente, a formação do patriarcado com o casamento, e a expressa soberania dos pais sobre os filhos; e por último, o estágio dos clãs, em que estavam reunidos por famílias de mesmo antepassado, o qual seria cultuado - seria a origem da tribo.

Observa-se a família tornando-se a base da sociedade, e por consequência do Direito, a partir de inúmeros exemplos na história. Um desses é a Babilônia, cujas regras jurídicas tinham base na sociedade patriarcal - sendo que as decisões do patriarca fundamentavam as decisões jurídicas do rei muitas vezes. Já no direito romano, com a Lei das 12 Tábuas, percebe-se que o pai tem direito de vida, morte e liberdade sobre os filhos, e sobre a esposa. No *corpus juris civilis*, trata-se de como se forma o poder sobre filhos e netos, o conceito de matrimônio e como funcionaria a união do homem com a mulher (HIRONAKA, 2015)<sup>249</sup>.

Um pouco mais adiante nessa linha do tempo, em 1948, nota-se que ser família foi elevado ao patamar de um direito fundamental à luz da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Ela declara que qualquer pessoa de maior idade tem direito a casar-se e fundar uma família, além de tratar da liberdade de contrair matrimônio como elemento de validade do casamento. Assim, ocorre a reiteração da família como elemento fundamental da sociedade sendo protegido pelo Estado. Com a evolução da noção de família dos tratados internacionais, passa-se inclusive a tratar como iguais filhos nascidos dentro e fora do casamento. Tudo isso demonstra o quanto um olhar sensível sobre

<sup>247</sup> BURNS, Edward Mcnall. **História da civilização ocidental**. Tradução de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. 25.ed. Rio de Janeiro: Globo, 1983. p. 12.

<sup>248</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Caçpuste Gulbenkian, 2001, p.38. apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 28.

<sup>249</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **O conceito de família e sua organização jurídica**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p.42.

a família por parte do direito influi na paz social e segurança jurídica, conforme expressa Giselda Maria Hironaka<sup>250</sup>.

Quando se observa rapidamente o quadro brasileiro, Hironaka destaca que a legislação foi marcada, inicial e concomitantemente, pela autoridade canônica no mesmo tempo das ordenações Filipinas, as quais vigoraram no Brasil até o Código Civil de Beviláqua, de 1916. Já no Império, existe uma série de legislações que vigorariam de forma bem espessa até a edição do novo Código - fato que foi determinado pela Constituição de 1824, mas só editado com o Código Civil de 1916. Este destacou-se por incorporar os princípios morais, especialmente em relação a família - conforme dita Orlando Gomes<sup>251</sup>. Com a natural evolução da sociedade, principalmente das noções de família, instou necessária a criação do Código Civil de 2002, a fim de enquadrar as problemáticas humanas aos critérios trazidos pela Constituição Federal de 1988.

"[...] grandes, e de profundas repercussões, foram as transformações ocorridas no Direito de Família. A sociedade conjugal passa a ser formada pelo casamento civil ou religioso e pela união estável. A mãe solteira constitui família com seus filhos. Na separação, os filhos ficam com quem possua melhores condições de educá-los, e não mais necessariamente com a mãe. Igual a condição jurídica dos filhos havidos dentro e fora do casamento e a dos filhos adotivos."<sup>252</sup>

Nessa perspectiva foi que o Código Civil trouxe tantas mudanças, tentando moldar-se aos valores e normas constitucionais - como consequência de um estado social focado em como se estabelece a vida privada.

"A constitucionalização das famílias apresenta alguns caracteres comuns nas Constituições do Estado Social da segunda metade do século XX: a) neutralização do matrimônio; b) deslocamento do núcleo jurídico da família, do consentimento matrimonial para a proteção pública; c) potencialização da filiação como categoria jurídica e como problema, em detrimento do matrimônio como instituição, dando-se maior atenção ao conflito paterno-filial que ao conjugal; d) consagração da família instrumental no lugar da família-

<sup>250</sup> Idem, ibidem.

<sup>251</sup> GOMES, Orlando. **Raízes históricas e ecológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Progresso, 1958. p. 23.

<sup>252</sup> PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória legislativa do código civil**. Brasília: Senado Federal, 2012, p.17.

instituição; e) livre desenvolvimento da afetividade e da sexualidade."  
( LÔBO, 2011, p. 36)<sup>253</sup>

Conforme expressa o Professor Rolf Madaleno (2015)<sup>254</sup>, houve certa discussão em que grandes doutrinadores, como Caio Mário da Silva, levantaram se o Código de 2002 já não teria nascido anacrônico devido ao tempo que levou para sua aprovação, o que Miguel Reale (organizador do referido código) rebate colocando o Código Civil como um abalizador para as relações que dali se desenvolveriam. De qualquer forma, a partir do código, vê-se uma série de novidades não inclusas no código, tais como a união homoafetiva, gestação *in vitro*, entre outros temas que têm ficado a critério da jurisprudência.

Resta saber, então, que o direito da família trazido pela Constituição e pelo Código Civil vigente está em constante mutação em suas diversas áreas, tendo muito a ser discutido em cada uma delas. Neste estudo, escolhemos como enfoque a discussão que envolve o casamento e a união estável nos dias atuais.

### 3. OS INSTITUTOS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO

Antes de tudo, para que se possa aprofundar o debate acerca da equiparação da união estável ao casamento, é válido conhecer os institutos estabelecidos conforme o direito civil e a doutrina, e qual o entendimento que se tem tido a partir desses conceitos.

No Código Civil Brasileiro de 2002, tem-se o casamento como um instituto de plena comunhão de vida, com base na igualdade de direitos e deveres do cônjuge (art. 1511 do CC/2002). Assim, no Livro de Família do Código, o casamento pertence ao Subtítulo I, dos arts. 1511 ao 1783, os quais irão discorrer acerca do funcionamento do casamento na sociedade brasileira: como se instituirá, a quais rigores formais deverá se submeter, como será feita a escolha do regime, capacidade, impedimentos, causas suspensivas, habilitação, celebração e registro, invalidade, eficácia e dissolução. Tudo isso demonstra o extremo controle estatal ao qual se submete o casamento.

Por sua vez, a união estável, com recente aceitação na história do nosso país, é formalmente disposta como entidade familiar com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 226 §3º, sem hierarquia entre as distintas entidades. Encontra-se no Título III, do Livro do direito de família, em que discorrerá sobre os polêmicos aspectos da devida união, sem, contudo, esgotar o tema, cabendo diversas discussões.

---

<sup>253</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.36.

<sup>254</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 110; p. 115.

Nessa perspectiva, então, é que iremos aprofundar o conhecimento acerca desses institutos e tentar compreender por que motivo desde a Constituição até a legislação infralegal trataram de diferenciá-los.

### 3.1. ACERCA DO CASAMENTO

Segundo Pontes de Miranda (1947)<sup>255</sup>, o casamento no direito é a união do homem e da mulher regulado por um contrato de direito de família. como bem nos assegura Madaleno (2015)<sup>256</sup>, por sua vez, o casamento não possui na doutrina uniformidade conceitual, tendo diversas correntes, em que, ao observá-las, Silvio Rodrigues localiza o casamento como ato complexo<sup>257</sup>, pois depende em parte da autonomia da vontade dos nubentes somada à adesão dos noivos às regras preordenadas vigentes a fim de ocorrer a celebração do matrimônio (ato privativo do estado).

Para VENOSA (2015, p. 136) o casamento no Direito tem tanto destaque por ter sido tão importante à formação da sociedade e do Direito, tendo em vista que era fundamental sacramento na Igreja, a qual por sua vez teve grande influência na sociedade. Para esse autor:

O casamento é o centro do Direito de Família na sociedade contemporânea, embora as uniões estáveis sem casamento tenham conseguido estado de quase igualdade. Do casamento irradiam suas normas fundamentais. Sua importância como negócio jurídico formal vai desde as formalidades que antecedem a sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que desaguam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação de assistência material e espiritual recíproca da prole.<sup>258</sup>

Como se pode verificar nessa citação, não há como tratar do direito de família sem observar suas origens, muito relacionadas ao casamento. Evidentemente, a aplicação pode ser utilizada para observar os demais institutos do direito civil.

Seguindo a corrente majoritária, a natureza jurídica do casamento seria ato jurídico complexo - marcado pela livre manifestação da vontade de escolha do cônjuge - ao passo em que também se subordina às normas do sistema legal, o qual legitima o matrimônio, autorizando-o e realizando suas formalidades. Dessa maneira, é claro o forte caráter

<sup>255</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 93.

<sup>256</sup> MADALENO, Rolf. **Op. Cit.** p. 110.

<sup>257</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito civil, direito de família**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 18.

<sup>258</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **A família conjugal**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (organizador). **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 136.



negocial. Cita-se, como exemplo, quando queremos nos casar com alguém, devemos ir ao cartório realizar todos os trâmites para que ele ocorra, ainda que seja uma cerimônia religiosa com efeito civil, assinando um termo que será submetido aos proclames por um período, para após, observados todos os critérios, possa ser admitido pelo Estado e pelas autoridades por ele instituídas.

Ainda para VENOSA (2015, p. 136), "a união do homem e da mulher preexiste à noção jurídica. O casamento amolda-se à noção de negócio jurídico bilateral na teoria geral dos atos jurídicos. Possui as características de um acordo de vontades que busca efeitos jurídicos. Desse modo, por extensão, o conceito de negócio jurídico bilateral de Direito de Família é uma especificação do conceito contrato. Nesse sentido, com propriedade, Sílvio Rodrigues o conceitua como contrato de direito de família. Não resta dúvida de que a celebração, conclusão material do negócio jurídico familiar, tem essa natureza". Nesse sentido, o casamento no Direito permite a realização de vontades submetidas ao sistema legal.<sup>259</sup>

Logo, é importante compreender que o conceito de casamento é fundamental para o estudo do direito de família, devido a seu peso histórico na construção da sociedade. Com toda a discussão doutrinária, percebe-se como ponto comum entendê-lo com forte caráter negocial, o que permite que possamos colocá-lo aqui como negócio jurídico. A partir disso, então, iremos desenvolver qualquer raciocínio acerca de ou comparado a ele. Nesse sentido, vamos exemplificar o casamento no Direito como ponto inicial de partida das nossas comparações.

### 3.2. ACERCA DA UNIÃO ESTÁVEL

Por sua vez, a união estável, segundo Lôbo (2011), é um estado de fato com aparência de casamento (*more uxorio*) ou posse do estado de casamento entre um homem e uma mulher a qual gera uma entidade familiar<sup>260</sup>. Apesar de parecido com o casamento, com ele não se confunde nem tem hierarquia, pois apresenta estruturas jurídicas próprios. Além dessas características, Pereira (2004) vê a União Estável como a relação afetivo-amorosa com estabilidade e durabilidade, não adúltera e não incestuosa, sob o mesmo teto ou não<sup>261</sup>.

---

<sup>259</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>260</sup> LÔBO, Paulo. **Op. Cit.** p. 168.

<sup>261</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 28-29.

Para Rodrigo da Cunha Pereira (2015, p. 202)<sup>262</sup>, a União Estável facilita incluir no rol de formas de família: aquela que se forma pela simples posse do estado de casado, ou ainda a mera aparência do casamento entre homem e mulher. É diferente do casamento, pois cada um possui estatuto jurídico próprio, sem relação de hierarquia. Dessa noção, é possível observar que o instituto da união estável surgiu de uma necessidade histórica de legitimar as entidades familiares formadas sem o aval direto do Estado, afinal, muitas famílias existem independentemente de um documento. Sabendo que concubinato tem historicamente um conceito pejorativo (associado às prostitutas e afins), o qual não corresponde a todo seu arcabouço jurídico de fato, o ordenamento mudou a nomenclatura para união estável. Para diferenciar das relações concomitantes com outras, o Código Civil Brasileiro de 2002 trata a união estável como relação conjugal não adulterina, e o concubinato como uma relação adulterina, mantendo para esta última ainda as consequências no âmbito obrigacional. Insta dispor que Supremo Tribunal Federal ampliou o conceito de união estável, estendendo às uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Vale destacar que ainda que o interesse inicial não tenha sido formar núcleo familiar, a realidade poderá conduzir para isso gerando união estável. Para esse autor:

[...]a conceituação e a caracterização da união estável passam sempre pela forma paradigmática de constituição da família que é o casamento, assim todos os elementos aqui apresentados são como uma espécie de comparação, uma tentativa de se desenhar o casamento, com a diferença de não haver o ato civil."<sup>263</sup>

Como se pode verificar nessa citação, a União Estável aplica-se no reconhecimento pelo direito das diversas formações familiares. Evidentemente, a aplicação pode ser utilizada para onde a formalidade do direito muitas vezes não consegue alcançar: a constante mutabilidade social e nas relações que se formam independentemente de lei, juiz ou igreja.

Basicamente, a união estável não possui um conceito exato por ser fruto do costume, tendo apenas a doutrina e a jurisprudência, após a Constituição Federal de 1988, estabelecido uma série de critérios não cumulativos ou obrigatórios, encontrando-se geralmente uns ou outros. Tais quais: durabilidade, estabilidade, convivência (sob o mesmo teto ou não), relação de dependência econômica, lealdade, entre outros. A prova de que os critérios não são absolutos é que o prazo não necessariamente será de cinco anos, como foi o caráter costumeiro no Brasil, mas sim sendo suficiente a convivência duradoura e notória – critérios estes polêmicos na interpretação de tal entidade familiar, pois podem

<sup>262</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **União Estável**. In: 2. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (organizador). Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 202.

<sup>263</sup> Idem, ibidem.

ser comprovados ainda que por amigos e pessoas íntimas da relação de ambos. Além disso, não necessariamente se deve conviver sob o mesmo teto<sup>264</sup>.

Assim, caracteriza-se a forte natureza jurídica de ato-fato. Cita-se, como exemplo, conforme discorre Virgílio de Sá Pereira, "agora dissei-me: que é que vedes quando vedes um homem ou uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é o fruto de seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o Juiz, com sua lei, ou o padre, com seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural"<sup>265</sup>.

Ainda para Rodrigo da Cunha Pereira (2015, p. 202):

"os elementos caracterizadores da união estável são aqueles que vão delineando o conceito de família. Não é a falta de um desses elementos aqui apresentados que descaracteriza ou desvirtua a noção de união estável. O importante, ao analisar cada caso, é saber se ali, na somatória dos elementos, está presente um núcleo familiar, ou na linguagem do art. 226 da CF, uma entidade familiar. Se aí estiver presente uma família, terá proteção do Estado e da ordem jurídica".<sup>266</sup>

Nesse sentido, a União Estável permite uma flexibilização nos critérios do que torna o casamento em instituto, a fim de formular um outro instituto pautado principalmente nas situações fáticas.

Logo, é importante compreender que não há uma hierarquia entre tais institutos, apenas são eles distintos, desde sua origem, formação e concretização. Nesse sentido, coloque-se a União Estável como uma das alternativas de entidades familiares propostas pela Carta Magna.

### 3.3. JURISPRUDÊNCIA E A EQUIPARAÇÃO DOS INSTITUTOS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO

A jurisprudência brasileira atual é fruto de todo o processo pós-positivista que culminou no neoconstitucionalismo. Agora não mais deve o jurista submeter-se em cega obediência à lei, mas sim compreendê-la à luz dos princípios constitucionais e dos direitos

<sup>264</sup> LÔBO, Paulo. **Op. Cit.** p.178.

<sup>265</sup> PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de família**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p.89. apud CAHALI, Francisco José. Contrato de convivência na união estável. São Paulo: Saraiva, 2002. P. 1-2.

<sup>266</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Op. Cit.** p.202.

fundamentais<sup>267</sup> - os chamados “sobreprincípios” por Humberto Ávila. Assim, princípios seriam guias para a aplicação da regra - pois as regras se esgotariam em si mesmas, enquanto que os princípios seriam constitutivos da ordem jurídica<sup>268</sup>, sendo de grande valia tal entendimento para o direito contemporâneo.

Por isso, amparado no Princípio Constitucional da Igualdade – em que se trata como igual os iguais e desigualmente os desiguais, no precípua fundamento da Dignidade da Pessoa Humana<sup>269</sup> – a jurisprudência tem caminhado no sentido de equiparar o instituto do casamento ao da união estável.

Primeiramente, observa-se tal entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos recursos extraordinários 646.721 e 878.694, no dia 10/05/2017, em que, por 7 votos a 3, equipara a união estável ao casamento para fins sucessórios com repercussão geral, declarando o art. 1790 do CC inconstitucional.

“Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

**I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;**

**II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;**

**III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;**

**IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (grifos nossos)<sup>270</sup>**

Diferentemente do que vigora para o cônjuge sobrevivente:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

**I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da**

<sup>267</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Ed. Malheiros. 2005.

<sup>268</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **O direito útil**. Madrid: Trotta, 2005. P.118.

<sup>269</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2.Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. P.157.

<sup>270</sup> Código Civil Brasileiro de 2002.

comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;[...] (grifos nossos)

Em decorrência dessas diferenças, decide o STF:

Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.<sup>271</sup>

A partir disso, os julgados têm caminhado cada vez mais nesse sentido. Assim, o STJ já passou a aplicar tal entendimento desde agosto de 2017<sup>272</sup>.

<sup>271</sup> RE 878694, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018.

<sup>272</sup> Foi noticiado pelo próprio STJ em seu sítio eletrônico. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-equipara-regime-sucess%C3%B3rio-entre-c%C3%B4njuges-e-companheiros](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-equipara-regime-sucess%C3%B3rio-entre-c%C3%B4njuges-e-companheiros). Acesso em: 20/04/2018.

Vale destacar que essa mesma relação de regras e princípios preocupa Humberto Ávila no sentido da extrapolação dos limites do ordenamento, gerando, assim, uma insegurança jurídica<sup>273</sup>.

Trazendo tal problemática ao direito de família, entendemos como imprescindível a valorização dos princípios, todavia não desvalorizando a norma, a qual foi construída como base em um sistema jurídico construído ao longo dos anos. Dessa maneira, é incabível simplesmente incorporarmos um entendimento, sem antes discutirmos se de fato é válida a desvalorização dos institutos que nos fizeram chegar até aqui.

#### **4. A EQUIPARAÇÃO CONSIDERADA NO ÂMBITO DO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Nesse capítulo, é necessário discutir os aspectos que envolvem a equiparação, a fim de entender se, de fato, os aspectos doutrinários e legais estão sendo considerados pela jurisprudência brasileira. E por outro lado, se tal jurisprudência tem se comportado de maneira consciente acerca dos efeitos dessas decisões.

Uma vez observados os aspectos doutrinários no capítulo anterior, havemos de ressaltar que o direito não caminha só. Ele possui uma função social basilar: a estabilidade do ordenamento jurídico. Por isso, ponto a ser considerado na observação da equiparação da união estável ao casamento é a segurança jurídica em si.

Além disso, faremos uma breve análise acerca do fato jurídico, considerações elementares para que entendamos o mérito deste trabalho de forma clara. Desse modo, cabe um enfoque sobre negócio jurídico e ato fato.

##### **4.1. SEGURANÇA JURÍDICA**

Segundo Tércio Sampaio (2017)<sup>274</sup>, a jurisprudência seria uma fonte do direito, e, como fonte é aquela capaz de suprir lacunas do direito, demonstra-se o papel fundamental da jurisprudência no tocante à influência no direito. Por isso, a decisão de equiparação tem um forte poder sobre a segurança jurídica, dado que as interpretações a partir da decisão da equiparação desses institutos podem mudar inclusive suas funções e aplicabilidade.

A inteligência da decisão jurisprudencial está em garantir simultaneamente a segurança jurídica e a sua correção. Desse modo, partindo-se da ideia de que a opção do Direito natural, que subordina o Direito vigente a padrões supra-positivos está superada.

<sup>273</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. P. 45.

<sup>274</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução aos estudos do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas Editora, 2017. p.

Para melhor solução de caso, resta ao aplicador do Direito o uso balizado de três alternativas: a da hermenêutica jurídica, a do realismo e a do positivismo jurídico. (Habermas, 1997).<sup>275</sup>

Conforme citado acima, é notória a preocupação que o direito tem em equilibrar valores e a estabilidade do direito. Isso foi, ao longo da história o grande debate das correntes interpretativas de tal ramo.

Com o advento do Positivismo, a valorização da norma e principalmente com o marco da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, o elemento justiça passa a ser colocado em segundo plano, ao passo que qualquer Estado, com a devida territorialidade, nacionalidade e governo, seria capaz de criar direito. Dessa maneira, o direito foi utilizado para inúmeros mandos e desmandos de várias nações, a culminar na Segunda Guerra Mundial, em sistemas como nazismo, comunismo, entre outros.

Com isso, surge o pós-positivismo, visando a assegurar que a justiça não fosse colocada de lado quando da busca pela normatividade - por meio da compreensão da lei à luz dos princípios constitucionais e direitos fundamentais<sup>276</sup>. Nesse momento, o sistema de regras e princípios é erigido para, tal qual expressa Humberto Ávila<sup>277</sup>, haver uma interpretação do texto normativo. Assim, o neoconstitucionalismo se constrói, visando a ter uma superestrutura de princípios que guiarão todas as outras regras. Grandes nomes como Hart, Dworkin, Alexy e o próprio Ávila passam a discutir então sobre a natureza das regras e dos princípios. Vale ressaltar aqui a grande preocupação de Humberto Ávila, que, em sua obra "Teoria dos Princípios", trata sobre o nível de arbitrariedade que se poderia dar à interpretação da norma e como isso afeta nosso sistema jurídico, chamando, por isso, tal segurança de sobreprincípio.

"O estado ideal de coisas cuja busca ou preservação é imposta pelos princípios pode ser mais ou menos amplo, e, em razão disso, abranger uma extensão maior de bens jurídicos que compõe seu âmbito. Há princípios que se caracterizam justamente por impor a realização de um ideal mais amplo, que engloba outros ideais mais restritos. Esses princípios podem ser denominados de sobreprincípios. Por exemplo, o princípio do Estado de Direito impõe a busca de juridicidade, de responsabilidade e de previsibilidade da

<sup>275</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 (Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n. 101) *apud* AQUINO, Jorge Inácio de. O Direito e sua interpretação na atualidade. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11415&p=2>>, acesso em 01/06/2010.

<sup>276</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 51.

<sup>277</sup> ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.** p. 89.

atuação estatal, ao mesmo tempo em que exige segurança, protetividade e estabilidade para direitos individuais [...] Exatamente por isso, o princípio mais amplo exerce influência na interpretação e aplicação do princípio mais restrito".<sup>278</sup>

Por outro lado, tem-se o raciocínio do Professor Marcelo Neves<sup>279</sup>, o qual, interpretando a doutrina clássica de Dworkin e Alexy, o caráter de imprecisão dado aos princípios gera a incerteza cognitiva sobre qual norma deverá ser aplicada ao caso concreto, o que não seria para ele suficiente critério de diferenciação das normas, tendo em vista o nosso ordenamento jurídico ter inúmeras normas imprecisas. Por isso, ele passa a observar a noção de generalidade e abstração, na qual a primeira está relacionada à dimensão pragmática da norma, e a segunda dimensão semântica dos referentes da norma.

Em seu livro "Entre Hidra e Hércules"<sup>280</sup>, Neves dispõe Hércules como o juiz tentando domar a Hidra, monstro de várias cabeças (a qual quando corta uma de suas cabeças, nascem outras), disposta como a tendência expansiva dos princípios. Nesse diapasão, após criticar as perspectivas de Dworkin, Alexy, Hart e Ávila, propõe um entendimento das normas à luz do sistema jurídico brasileiro. A proposta normativa de Marcelo Neves está relacionada a tratar os princípios como estímulos à abertura do sistema jurídico ao seu ambiente social, na perspectiva de Luhmann<sup>281</sup>. Para Neves, a distinção entre regras e princípios ocorre no plano da argumentação em torno do sentido, validade e condições do cumprimento da norma. Em sua noção de Estado Democrático de direito (NEVES, 2013, p. 97-98) seria o tipo constitucional para argumentação jurídica na finalidade de adaptar o direito à realidade de expectativas, valores e interesses diversos.

"Os princípios constitucionais são artefatos normativos que servem precisamente para absorver o dissenso, e, paradoxalmente, possibilitar-lhe e estimular-lhe a emergência sob as condições de um sistema jurídico complexo." <sup>282</sup>(NEVES, 2013, p. 97 – 98)

A partir disso, ele dispõe que o sistema jurídico só opera sistematicamente quando abalizado pelas regras a fim de alcançar a realidade. O fato é que, para Neves, as regras

<sup>278</sup> ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 40.

<sup>279</sup> NEVES, Marcelo. **Entre hidra e hércules: princípios e regras como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 25 – 60.

<sup>280</sup> Idem, Ibidem.

<sup>281</sup> LUHMANN, Niklas. **La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit**. Droit et Société. Paris, vol. 47, pp. 47-57, 2001.

<sup>282</sup> NEVES, Marcelo. **Op. Cit.** p. 97-98.



fundamentam a expectativa normativa – permitindo a certeza do direito a produção institucionalmente realizada – o que novamente remonta ao Estado Democrático de Direito. À luz do autor, tem-se o cuidado de observar paralelamente a visão do legislador e da realidade social em constante mutação a fim de alcançar a segurança jurídica.

Na mesma obra, em seu capítulo quatro, o professor Marcelo Neves irá fazer uma crítica sobre como a doutrina e a jurisprudência têm disposto dos princípios. Conforme o autor, o Supremo tribunal Federal tem dado vínculos simplistas a princípios e regras e democracia e autocracia, respectivamente. Dessa forma, tem o Supremo se comportado com foco de sopesamento a curto prazo, sem indicar de forma profunda e fundamentada a invocação dos princípios, o que pode gerar problemas futuros (ainda na metáfora da Hidra). Para ele, o juiz ideal seria Iolau, primo de Hércules, que iria cauterizar o corte de Hidra após cortar sua cabeça. Tudo isso denota a precípua inquietação de Neves em relação ao sistema jurídico seguro. Os princípios seriam então filtro de expectativas – e dissenso – e como normas sobre normas<sup>283</sup>.

“Os princípios constitucionais servem ao balizamento, construção, desenvolvimento, enfraquecimento e fortalecimento de regras [...] Em suma, pode-se dizer, com o devido cuidado, que eles atuam como razão ou fundamento de regras, inclusive regras constitucionais, nas controvérsias jurídicas complexas. Mas as regras são condições de aplicação dos princípios na solução de casos constitucionais [...]. Ou seja, caso não haja uma regra diretamente atribuída a texto constitucional ou legal, nem seja construída judicialmente uma regra à qual o caso possa ser subsumido mediante uma norma de decisão, os princípios perdem seu significado prático ou servem apenas à manipulação retórica para afastar a aplicação de regras completas, encobrindo a inconsistência do sistema jurídico.”<sup>284</sup>

À vista disso, é notável que a segurança jurídica se expressa também como um princípio constitucional. Basta observar no art. 5º, XXXVI, da CRFB/88, que prevê o seguinte: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. É claro que a coisa julgada se perfaz não somente na prolação da sentença, mas sim em torno de toda a construção jurisdicional e doutrinária que a cerca. Tal como dita Geraldo Ataliba, “seguras são as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os

<sup>283</sup> FERREIRA, Gustavo; LABANCA, Marcelo; FELICIANO, Ivna Cavalcanti. **Direito em dinâmica**: 25 anos da Constituição de 1988. Recife: Instituto Frei Caneca, 2014.

<sup>284</sup> NEVES, Marcelo. **Op. Cit.** p. 134-135.

comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discreparão"<sup>285</sup>, o que demonstra a intrínseca relação do Direito seguro a um Estado seguro.

Pode-se dizer aqui que nossa intenção não é de forma alguma voltar aos ditames do positivismo, mas sim ser crítico em relação à aplicação dos princípios constitucionais, lembrando que um sistema jurídico seguro também integra a Carta Magna de forma elementar. Assim, dentre os principais recursos está a chamada técnica da ponderação, a qual se expressa com razoabilidade e proporcionalidade que pode ser utilizada em situação de casos difíceis em situações de conflito de princípios, assim como em conflito de normas<sup>286</sup>. Para Ávila, "a ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento"<sup>287</sup>.

Desse jeito, preservar a segurança do sistema jurídico vai além da tida dicotomia justiça *versus* segurança jurídica, mas sim cabendo a todo e qualquer operador do direito considerá-la, por ser intrínseca ao Direito no Estado. Tal preocupação não é pontual. Até mesmo alguns ministros, como Marco Aurélio - em entrevista ao site Consultor Jurídico -, discorre:

"Estamos editando súmulas vinculantes no calor das discussões. Mas só se progride quando se marcha com segurança. O verbete é algo que tem contornos definitivos. Quando o Supremo bate o martelo, não se tem a quem recorrer. Pode ser revisto, mas a história já mostrou que é difícil rever verbetes". (Ministro Marco Aurélio)<sup>288</sup>

Parece óbvio que há a consideração do princípio aqui em voga, mas na prática o que se vê é cada vez mais ele sendo posto de lado, na escusa de se estar colocando a justiça e os direitos fundamentais como foco. Sob o ponto de vista do direito como um todo, no entanto, é imprescindível a consideração da segurança jurídica para existir um direito, afinal, trata-se da superestrutura do próprio ordenamento ter decisões estáveis, assim como limites bem definidos. Essas questões são, contudo, delicadas, e devem ser tratadas com todo o rigor que o positivismo crítico exige.

<sup>285</sup> ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 180-181.

<sup>286</sup> NASCIMENTO, Samira Rocher do. **O princípio da segurança jurídica e sua fragilização diante da relativização da coisa julgada**. 2007. p. 5. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25515-25517-1-PB.pdf>.

<sup>287</sup> ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.56.

<sup>288</sup> Marco Aurélio em entrevista ao site Consultor Jurídico. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2008-out-16/aprovacao\\_agil\\_sumula\\_vinculante\\_gera\\_divergencias](https://www.conjur.com.br/2008-out-16/aprovacao_agil_sumula_vinculante_gera_divergencias). Acesso em: 18/04/2018.

## 4.2. NEGÓCIO JURÍDICO E ATO FATO

Observar a relação da equiparação da união estável ao casamento perpassa pela localização do casamento e da união estável na teoria do Fato Jurídico. Segundo Marcos Bernardes de Mello<sup>289</sup>, como elemento necessário a manutenção da sociedade – *ubi societas ubi jus* –, cria-se um mundo jurídico, em que existe uma norma pautada em uma hipótese fática; a observação dessa no mundo dos fatos; a incidência da norma e uma consequente judicialização, com uma consequente entrada como fato jurídico no plano da existência no mundo do direito; o filtro do plano da validade sobre os fatos jurídicos lícitos; e, por fim, a chegada do fato jurídico ao plano da eficácia, em que se formam as situações jurídicas. Dessa maneira, é imprescindível a passagem do fato por todos os planos, dado que um é pressuposto do outro, para que haja de fato os efeitos jurídicos.

Ainda de acordo com Marcos Bernardes de Mello<sup>290</sup>, a noção de suporte fático está relacionada a algo que ocorre no mundo que é considerado relevante o suficiente para tornar-se objeto da norma jurídica. Ou seja, somente após a ocorrência no mundo dos fatos é que haverá concretização da norma - fatos jurídicos.

De forma resumida, o Fato jurídico *lato sensu* é dividido por Pontes de Miranda, em fatos conforme o direito e fatos contrários ao direito<sup>291</sup>. Os fatos jurídicos conforme o direito são os lícitos, que de sobremodo nos interessam. Assim, conforme classificação de Marcos Bernardes, dividem-se em: fato jurídico *stricto sensu* e ato-fato *lato sensu*.

Seguindo a vertente doutrinária desse autor, inicialmente, tem-se o fato jurídico *strictu sensu*, o qual se trata de fatos da natureza que independem de ato humano para ocorrer, podendo estar ligado a um ato humano, mas que não compõem sua essência, pois são atos da vida, como por exemplo o nascimento e a morte.

Já o ato-fato jurídico constitui-se de situações que só se concretizam com condutas humanas, ainda que involuntárias, não importando se houve a vontade ou não de praticar o ato. Suas espécies subdividem-se em atos reais ou materiais, que importa em atos humanos que geram situações fáticas em detrimento do elemento volitivo; os atos-fatos jurídicos indenizativos, quando ato humano lícito gera prejuízo a um terceiro, cabendo indenização; atos-fatos jurídicos caducificantes, concretizam-se naquelas situações que os efeitos podem gerar extinção de determinado direito e da pretensão e exceção dele

<sup>289</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.37.

<sup>290</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>291</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1977, Tomo II, p. 183-185.

advindos, podendo gerar consequências de atos ilícitos culposos, e de intenção do titular do direito, independentemente de culpa.

O Ato Jurídico *lato sensu* tem como foco o elemento volitivo para a sua realização, assim como a consciência de manifestação da vontade, e para que o ato vise ao ato permitido, ou não, proibido pela lei, com objeto possível. A vontade manifestada deve existir, mas não carece de expressão solene, apenas que ela exista, dado ser elemento completante. Na consciência da vontade, o indivíduo deve saber o que significa a expressão de determinada vontade, não se confundindo a inconsciência – o não saber – com o erro – praticar de forma defeituosa. O Resultado lícito e possível visa a desconsiderar atos: não sério, o ato didático e o ato aparente; o ato cujo objeto seja gnosiológica ou logicamente impossível; o ato que tenha por objeto algo que não esteja incluído entre aqueles bens da vida que podem constituir objeto de direito, tornando inexistente o ato. Sua licitude, por seu turno, apenas invalida o ato, e a impossibilidade superveniente não altera a natureza do ato jurídico.

As espécies de Ato Jurídico subdividem-se em Ato Jurídico *strictu sensu*, que é o ato recebido em certo sentido, sem escolha de categoria jurídica, e com efeitos preestabelecidos (*ex lege*), ou inalteráveis pela vontade dos indivíduos; ou, ainda, em Negócio Jurídico, que visa à autorização de liberdade para autorregular seus interesses, com escolha de categorias jurídicas e conteúdo de eficácia das relações jurídicas decorrentes (efeitos *ex voluntate*), tudo dentro dos limites normativos.

Conforme verificado, não há o que se discutir acerca da fundamental importância da classificação dada ao supracitado fato, tendo em vista que Paulo Nader deixa claro que o fato jurídico está relacionado à criação, modificação ou extinção da relação jurídica<sup>292</sup>.

Dando especial atenção ao ato-fato jurídico, tem-se esse um dos tipos de fato jurídico mais peculiares para classificar, pois está no meio caminho entre o fato jurídico *stricto sensu* e o ato jurídico em sentido amplo. O fato é que existe vontade, porém esta é a que menos importa, tendo em vista a importância do resultado fático. No entender de Pontes de Miranda, “o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação ‘fato, homem’) [...] pondo-se entre parênteses o *quid* psíquico, o ato, fato (dependente da vontade) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico”<sup>293</sup>. Por isso, os atos-fatos não se submetem aos princípios da validade, não podendo ser nulos ou anuláveis, assim como não se submetem aos vícios de vontade, conforme diz o autor Lôbo.<sup>294</sup>

<sup>292</sup> NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 30. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.87.

<sup>293</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Op. Cit.** p.186.

<sup>294</sup> LÔBO, Paulo. **A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/concep%C3%A7%C3%A3o-da-uni%C3%A3o->

Nesse sentido, a união estável não necessita de nenhuma manifestação da vontade para que ocorra, bastando para tanto ter os critérios não cumulativos comentados no subcapítulo 3.2. Ainda que a Carta Magna de 1988, em seu artigo 226 §3º fale sobre a possibilidade de conversão em casamento, são institutos completamente distintos, ainda conforme o autor.

Por sua vez, o negócio jurídico, outro protagonista de nosso texto, é uma espécie de ato jurídico. De forma elementar, o ato jurídico carece da expressão da vontade para que se perfeça. Segundo Padilha, "Negócio Jurídico é um ato, ou uma pluralidade de atos, entre si relacionados, quer sejam de uma ou várias pessoas, e tem por fim produzir efeitos jurídicos, modificações nas relações jurídicas no âmbito do Direito Privado"<sup>295</sup> Assim, deve-se ter a declaração da vontade, a idoneidade do objeto e a finalidade negocial.

Inegavelmente, demonstra-se o caráter negocial do casamento ao denotar-se a expressão da vontade de unir-se em matrimônio com outra pessoa; a idoneidade do objeto, quando enquadrado na forma e rigores da lei (respeitando os impedimentos e submetendo-se à série de requisitos legais para sua validade); e a finalidade negocial, quanto da aquisição do direito de ser casado e de seus efeitos.

Dessa maneira, entra-se novamente no âmbito da segurança jurídica, tendo em vista que a sociedade almeja que, ao realizar um contrato - seja ele matrimonial ou não -, esteja ele conforme com os rigores legais a fim de alcançar seu objetivo de forma clara.

O princípio da conservação dos negócios jurídicos assenta-se sobre a necessidade de conferir segurança jurídica para todas as relações negociais. Repugna à consciência do intérprete a decretação de ineficácia de negócios jurídicos quando igual resultado se possa alcançar de modo diverso, como antes alertara Silvio Rodrigues(GUERRA, 2016, p. 169).<sup>296</sup>

O autor, então, deixa bem claro que essas relações deverão ser desenvolvidas de forma a assegurar que o conteúdo daquele contrato seja cumprido, afinal, a intenção é de

---

est%C3%A1vel-como-ato-fato-jur%C3%ADdico-e-suas-repercuss%C3%B5es-processuais. Acesso em: 19/04/2018.

<sup>295</sup> PADILHA, Sarah. **Disposições gerais sobre o negócio jurídico**. Disponível em: <https://sarahpg.jusbrasil.com.br/artigos/335131832/disposicoes-gerais-sobre-o-negocio-juridico>. Acesso em: 19/04/2018.

<sup>296</sup> GUERRA, Alexandre. **Princípio da conservação dos negócios jurídicos**. São Paulo: Almedina, 2016. p. 169.

fato um contrato eficaz. No nosso olhar, isso influencia a decisão de optar por um contrato ou não, pois é óbvia a necessidade de cumprimento da mesma.

Fica claro, diante dos conceitos apresentados, que as definições de ato-fato e de negócio jurídico para a análise da equiparação são fundamentais, tendo em vista as naturezas jurídicas de união estável e casamento serem bem distintas. Dessa forma, ao ignorar tais conceitos, possibilita uma confusão no sistema jurídico, pois é condição para a escolha de um dos tipos de família saber como funcionará e quais serão seus efeitos.

## 5. CONSIDERAÇÕES DIVERGENTES SOBRE O TEMA

Após as explanações demonstradas sobre os institutos, vale apresentar como tem se comportado a opinião dos estudiosos do ramo. Nesse diapasão, iremos mostrar os dois lados opinativos sobre esse assemelhamento desses dois sistemas de família.

Inicialmente, cabe demonstrar o posicionamento a favor da equiparação. Alguns estudiosos entendem que a união estável seria uma espécie de casamento de fato, apoiando-se na noção de que, principalmente devido à facilidade constitucional em transformar a união estável em casamento, poderia ser uma etapa preliminar do próprio casamento.<sup>297</sup> No entanto, o posicionamento mais forte encontrado de um tema tão recente é o do Professor Anderson Schreiber, que diferencia o casamento da união estável em relação à chancela estatal, porém iguala no que se refere aos direitos do cônjuge. Afinal, as consequências jurídicas decorrentes de tal chancela caberão apenas ao casamento, enquanto que as decorrentes da convivência familiar caberão a ambos institutos. Para ele, a ideia de os direitos dados à união estável serem menores que os dados ao casamento é inconstitucional, sendo apenas instituições diferentes, e não inferiores ou superiores umas às outras. Assim, o autor não concorda com uma equiparação dos institutos, mas sim com os efeitos jurídicos relacionados ao ato de conviver com o outro. Ele, então, ater-se-á aos aspectos sucessórios.

É sob essa ótica que se deve examinar a sucessão do companheiro. Ora, qual a razão para que a lei diferencie o companheiro do cônjuge em relação aos seus direitos sucessórios? O cônjuge herda não porque tenha havido prévia chancela do Estado à sua relação familiar, mas porque conviveu familiarmente com o de cujus. E tal convivência familiar existe de igual modo na união estável. Assim, não há razão legítima para que o legislador diferencie o cônjuge do companheiro em relação ao seu quantum hereditário. O mesmo vale, registre-se,

<sup>297</sup> SCHREIBER, Anderson. **União estável e casamento: uma equiparação?** Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/08/23/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/>. Acesso em: 19/04/2018.

para a quota mínima de um quarto prevista no artigo 1.832, bem como para o direito real de habitação (art. 1.831). São direitos que encontram sua ratio no convívio familiar, não havendo razão para que sejam atribuídos apenas ao cônjuge, e não ao companheiro.(SCHREIBER, 2017).<sup>298</sup>

Fato é que a jurisprudência tem equiparado os efeitos para alguns assuntos, tal qual a pensão.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO À PENSÃO. UNIÃO ESTÁVEL. COMPROVAÇÃO DE DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL. POSSIBILIDADE. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESNECESSIDADE. 1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. 2. Comprovada a união estável, a dependência econômica é presumida. Precedentes: REsp 1.376.978/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 21/05/13, DJe 4/6/2013 e REsp 614.191/RS, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 28/09/2004, DJe 13/03/2006. 3. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que para fins de prequestionamento, examinar na via especial matéria constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 4. A repercussão geral reconhecida pela Suprema Corte, nos termos do art. 543-B do CPC, não enseja o sobrestamento dos recursos especiais que tramitam neste Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.344.073/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 06/09/2013; e AgRg no AREsp 244.747/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 08/02/2013. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no AREsp: 391737 RS 2013/0298036-6, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 28/04/2015, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/05/2015)

---

<sup>298</sup> Idem, ibidem.

O autor deixa claro que, dada a convivência familiar, não se pode diferenciar cônjuge e companheiro quanto ao que irá receber da herança. Afinal, conforme citado, nessa prática convivência do dia-a-dia, os dois cumprirão similar função.

Por outro lado, tem-se a visão dos que compreendem o comportamento jurisprudencial como uma equiparação, e que são contra esse entendimento. Um dos fortes posicionamentos está relacionado à autonomia da vontade.

A vontade do sujeito, então, para valoração jurídica de seus atos, é também essencial ao Direito da Família, tão quanto o é ao Direito Civil como um todo. Tanto é que, ausente a sua capacidade, tem-se como inexistentes os atos jurídicos praticados e, por conseguinte, não se tem deles irradiados quaisquer efeitos, seja em relação ao casamento, seja em relação às uniões de fato. E, sendo assim, dada a relevância da vontade para tais atos, não pode ela (a vontade) ficar relegada a segundo plano no momento em que se for interpretar, juridicamente, os efeitos de uma ou de outra união. A equiparação da união estável ao casamento pelos tribunais nacionais, no exercício de sua interpretação das leis, parece, portanto, suprimir ou ignorar a força propulsora da questão: a intenção de um ou de outro se unir conforme suas preferências ou conveniências (OLIVEIRA, 2016).<sup>299</sup>

Consequentemente, na medida em que há a equiparação dos institutos aqui em voga, a vontade do Estado toma lugar sobre a vontade de escolha do indivíduo - o que em tudo tem a ver com a segurança jurídica. Isso porque os institutos são completamente diferentes, porém de hierarquia igual, de igual forma valorizados pela Constituição. Pelo caráter de ato-fato da união estável, muitas vezes é difícil identificar (até mesmo para os envolvidos) quando um namoro deixou de o ser para virar união estável, quando aquele afeto tomou a intenção de se reunir como família e se tornar uma união estável. Por outro lado, no casamento, as pessoas escolhem aquele sistema e seus efeitos, expressando sua liberdade de decisão.

O fato é que, quanto mais se regulamenta, mais se aproxima a união estável do casamento, distanciando-se aquela de sua original função, e vai deixando de existir aos poucos (PEREIRA, 2015)<sup>300</sup>. Dessa maneira, há um excesso desnecessário de intervenção na

<sup>299</sup> OLIVEIRA, Alexandre Gindler de. **União estável e casamento**: atos jurídicos distintos com efeitos sucessórios distintos. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245333,61044-Uniao+estavel+e+Casamento+Atos+juridicos+distintos+com+efeitos>. Acesso em: 19/04/2018.

<sup>300</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Em nome da liberdade, união estável tem**

**de se manter diferente do casamento**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-04/processo-familiar-liberdade-uniao-estavel-diferente-casamento>. Acesso em: 20/04/2018.



vida dos cidadãos, o que em nada tem a ver com o Estado Democrático de Direito e o Princípio Constitucional da liberdade de expressão. Ora, se não há hierarquia entre princípios constitucionais (ADI 2404/DF e Informativo 837 do STF), o Princípio da Igualdade não há de prevalecer a todo custo. Além disso, conforme expressa decisão do TJ/SP, por meio do Relator Des. Maurício Vidigal, " princípio da dignidade humana nada tem a ver com direito sucessório. Ninguém é mais ou menos digno por ter ou não direito à herança" no âmbito das sucessões.<sup>301</sup> Assim, inconstitucional passa a ser igualar os institutos.

(...) Entretanto, em que pese não ter a Constituição Federal equiparado o instituto da união estável ao do casamento, tendo tão somente estabelecido, no artigo 226, § 3o, que "para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento", da leitura desse mesmo dispositivo se vê que realmente não se poderia concluir pela equiparação da união estável com o casamento, pois tal entendimento implicaria na desnecessidade de se converter a união estável. (TJSP – Agravo de Instrumento n.o 578.361-4 – 10a Câmara de Direito Privado – Rel. Des. TESTA MARCHI – Julgado em 01 de dezembro de 2009.)

Na perspectiva da coisa julgada, tem-se ainda muitas outras decisões tratando o tema da mesma forma.

Ao indeferir o pedido de efeito suspensivo da decisão agravada, restou consignado que, apesar da divergência encontrada na doutrina e na jurisprudência acerca do tema, o juízo singular entendeu que o casamento e a união estável diferem entre si, o que se extrai da própria Constituição, inexistindo equiparação entre tais institutos. Afirmou o magistrado, ainda, que "o regime diferenciado de sucessão não fere o princípio da razoabilidade, da dignidade da pessoa humana ou qualquer outra advindo da carta magna, restando, pois, constitucional a dissimilitude entre o tratamento dado aos institutos". Invocou precedente do Conselho Especial do TJDF, no qual a arguição de inconstitucionalidade do citado artigo 1790, inciso III, do Código Civil foi rejeitada à unanimidade. Confira-se:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO DIFERENCIADO EM

<sup>301</sup> TJSP – Agravo de Instrumento n.o 641.861-4 – 10a Câmara de Direito Privado – Rel. Des. MAURÍCIO VIDIGAL – Julgado em 25 de agosto de 2009.

RELAÇÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. UNIÃO ESTÁVEL NÃO EQUIPARADA AO CASAMENTO PELA CONSTITUIÇÃO. ARTIGO 226, § 3º, DA CF. ARGUIÇÃO REJEITADA.- Embora o legislador constituinte tenha reconhecido a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não a equiparou ao casamento de modo a atrair a unificação do regime legal acerca do direito sucessório, haja vista a observação final no texto constitucional da necessidade de lei para a facilitação de sua conversão em casamento - artigo 226, § 3º, da CF. - Não incide em inconstitucionalidade o tratamento diferenciado conferido pelo artigo 1790, inciso III, do Código Civil, acerca do direito sucessório do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite quanto à concorrência daquele com outros parentes sucessíveis do de cujus. - Arguição rejeitada. Unânime. (Acórdão n.438058, 20100020046316AIL, Relator: OTÁVIO AUGUSTO, Conselho Especial, Data de Julgamento: 01/06/2010, Publicado no DJE: 18/08/2010. Pág.: 28)

Nesse contexto, confrontando o teor do artigo 1790, do Código Civil, com o artigo 226, da Constituição da República, e o festejado princípio da isonomia, não vislumbro malferimento à Lei Maior.

Isto porque a Constituição da República, inegavelmente, admitiu a união estável como entidade familiar; contudo, não a equiparou ao casamento. Ao contrário, no mesmo artigo 226, § 3º, o constituinte fez constar a diferença entre tais institutos, razão pela qual determinou que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.

O legislador ordinário, por sua vez, normatizou ambos os institutos, que, frise-se, são essencialmente diferentes. Nessa toada, entendeu por bem conferir tratamento diferenciado à destinação da herança da pessoa casada e da pessoa que vive em união estável.

Assim, por decorrência lógica, não há evidências de malferimento ao citado dispositivo constitucional, tampouco ao princípio da isonomia, haja vista que a própria Constituição não equipara o companheiro ao cônjuge.

E quanto à inconstitucionalidade do art. 1.790, do Código Civil, por ferir o princípio da isonomia entre os filhos, se frutos do casamento ou da união estável, também não se vislumbra o alegado vício. Nesse sentido, este Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que:

CÓDIGO CIVIL. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MEAÇÃO E SUCESSÃO. No caso de união estável, o Código Civil de 2002 disciplinou a sucessão do companheiro de maneira diversa da do cônjuge. Diante do art. 1790 do CC é correto afirmar que a intenção do legislador é no sentido de que o companheiro sobrevivente manterá a sua meação e, adicionalmente, participe da sucessão do outro companheiro falecido. Referido dispositivo legal ao dispor sobre a forma de concorrência entre a companheira e herdeiros, restou omissivo quanto aos casos de filiação híbrida, ou seja, quando há herdeiros em comum dos companheiros e herdeiros somente do autor da herança, o que não implica na sua inconstitucionalidade, cabendo ao aplicador do direito solucionar a controvérsia por outros meios. A melhor solução é dividir de forma igualitária os quinhões hereditários entre o companheiro sobrevivente e todos os filhos. Recurso de apelação e agravo retido providos em parte. (Acórdão n.355533, 20050610031880APC, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Revisor: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 29/04/2009, Publicado no DJE: 12/05/2009. Pág.: 140 - grifos nossos)

AGRAVO INTERNO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. HERANÇA. PARTICIPAÇÃO. ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. PRIVILÉGIO EM RELAÇÃO A CÔNJUGE SOBREVIVENTE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. DESCABIMENTO. 1. A Constituição Federal não equiparou o instituto da união estável ao do casamento, tendo tão somente reconhecido aquele como entidade familiar (art. 226, § 3º, CF). 2. O tratamento diferenciado conferido pelo Código Civil a esses institutos, especialmente no tocante ao direito sobre a participação na herança do companheiro ou cônjuge falecido, não ofende o princípio da isonomia, mesmo que, em determinados casos, como o dos presentes autos, possa parecer que o companheiro tenha sido privilegiado. 3. O artigo 1.790 do Código Civil, portanto, é constitucional, pois não fere o princípio da isonomia. 4. Agravo Regimental não provido. (Acórdão n.638632, 20120020213017AGI, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/11/2012, Publicado no DJE: 06/12/2012. Pág.: 75 - grifos nossos)

Destaca-se que, em relação aos efeitos já equiparados, são situações distintas equiparar quando não há uma legislação guiando esses efeitos, e quando ela existe – caso das sucessões em relação à união estável.

Não é exagero, então, afirmar que inconstitucional seria a equiparação dos institutos, dado que a própria Constituição Cidadã diferencia os regimes jurídicos, igualando-os hierarquicamente, mas os distinguindo em sua natureza.

Enfim, o que se quer deixar demonstrado é que, nas situações dinâmicas do dia-a-dia, as pessoas têm a chance de escolher sob qual regime patrimonial preferem se unir: através do casamento ou através da união estável. Cada qual com suas vantagens e desvantagens, avaliáveis por cada um na oportunidade em que puderem optar. Sendo assim, identificada a distinção entre as duas modalidades, ambas garantidas constitucionalmente como unidades familiares, tem-se perfeitamente adequada a aplicação do artigo 1.790 do Código Civil nacional, cuja validade e eficácia se perfazem irretocáveis. (OLIVEIRA, 2016)<sup>302</sup>.

Parece óbvio que a equiparação seria uma forma de manutenção da dignidade da pessoa, porém o autor deixa claro que a dignidade também está em manter a liberdade de escolha do ser humano. Sob o ponto de vista de Alexandre Araújo Costa (2018), "o exercício da liberdade é um exercício de escolha, e a escolha implica a opção entre diferentes modos de agir"<sup>303</sup>. Afinal, conforme explicado acima, trata-se de um princípio constitucionalmente elencado, o que tem implicações inclusive no regime de família escolhido pela pessoa. Essa questão é, obviamente, uma questão delicada e que ainda terá muito para se estudar acerca dos pontos que a cercam.

## 6. CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise acerca do que são os institutos da união estável e do casamento, à luz da intensa mutabilidade do direito de família, porém não esquecendo a medida da segurança jurídica. Dessa maneira, foi possível observar como a doutrina tem considerado esses valores para, por fim, refletir sobre o posicionamento da jurisprudência acerca da equiparação da união estável ao casamento.

De modo geral, a doutrina não se estabilizou acerca de tal equiparação. É unânime o entendimento de que o casamento é um negócio jurídico e que a união estável é um ato-fato. Todavia, as divergências existem em relação aos efeitos desses institutos. Por um lado, os estudiosos a favor dizem ser necessária a equiparação a fim de respeitar o princípio da igualdade assim como o da dignidade humana, tendo em vista não serem institutos

<sup>302</sup> OLIVEIRA, Alexandre Gindler. **Op. Cit.**

<sup>303</sup> COSTA, Alexandre Araújo Costa. Direito e Liberdade. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/monografias/introducao-critica-ao-direito/direito-e-liberdade/8-direito-e-liberdade->. Acesso em: 20/04/2018.

diferentes - o que permite inferir que o tratamento sucessório ao cônjuge e ao companheiro deve ser o mesmo. Por outro, está a corrente por nós considerada mais forte, tendo em vista levar em conta a liberdade de escolha dos institutos (o que leva em consideração suas consequências), a segurança jurídica - ambos pautados como princípios constitucionais tão fortes quanto o da igualdade - além de não considerar a não-equivalência um desrespeito ao princípio da dignidade humana, pelo contrário, pois colocaria o Estado e o ser humano em seus respectivos lugares de direito.

É claro que ainda há muito a se desenvolver sobre um tema tão novo, apesar de serem relações tão antigas, base da sociedade. Todavia, entendemos que o comportamento jurisprudencial está equiparando os institutos, o que não entendemos como correto pelos argumentos supracitados.

Com base nas pesquisas bibliográficas, buscando as origens dos institutos, assim como analisando os aspectos da segurança jurídica, percebe-se ser muito mais profunda a noção de equiparar do que simplesmente cumprir a função constitucional de igualdade, o que demonstra ser a abordagem do Supremo, extremamente superficial ao desconsiderar tais aspectos tão elementares ao debate.

Dada a importância do tema, torna-se necessário buscar conhecer outros sistemas jurídicos ocidentais e observar qual o tratamento dado a esse tema tão complexo, a fim de continuar o aprofundamento necessário que ele merece em outras pesquisas.

Reitera-se que a intenção aqui não é encerrar o tema ou colocar de lado as importantes questões fáticas relacionadas à união estável e a grande população que a ela se submete. Portanto, abre-se a possibilidade de não equiparar efeitos por si só, mas quem sabe aprimorar a união estável de forma independente.

Nesse sentido, tem-se aqui um pontapé inicial para a análise da equiparação ao observá-la como um caminho que afronta princípios constitucionais, como a segurança jurídica e a liberdade - expressa na autonomia da vontade -, as quais decaem na necessária dignidade humana.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ATALIBA, Geraldo. República e constituição. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Ed. Malheiros. 2005.
- ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário. São Paulo: Saraiva, 2004.

BURNS, Edward Mcnall. História da civilização ocidental. Tradução de Lourival Gomes Machado, Lourdes Santos Machado e Leonel Vallandro. 25.ed. Rio de Janeiro: Globo, 1983.

COSTA, Alexandre Araújo Costa. Direito e Liberdade. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/monografias/introducao-critica-ao-direito/direito-e-liberdade/8-direito-e-liberdade->. Acesso em: 20/04/2018.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução aos estudos do direito: técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas Editora, 2017.

FERREIRA, Gustavo; LABANCA, Marcelo; FELICIANO, Ivna Cavalcanti. Direito em dinâmica: 25 anos da Constituição de 1988. Recife: Instituto Frei Caneca, 2014.

GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Caçpuste Gulbenkian, 2001, p.38. apud PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

GOMES, Orlando. Raízes históricas e ecológicas do código civil brasileiro. Salvador: Progresso, 1958.

GUERRA, Alexandre. Princípio da conservação dos negócios jurídicos. São Paulo: Almedina, 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O conceito de família e sua organização jurídica. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 (Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n. 101) apud AQUINO, Jorge Inácio de. O Direito e sua interpretação na atualidade. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11415&p=2>>, acesso em 01/06/2010.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/concep%C3%A7%C3%A3o-da-uni%C3%A3o-est%C3%A1vel-como-ato-fato-jur%C3%ADdico-e-suas-repercuss%C3%B5es-processuais>. Acesso em: 19/04/2018.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2.Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 30. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NASCIMENTO, Samira Rocher do. O princípio da segurança jurídica e sua fragilização diante da relativização da coisa julgada. 2007. p. 5. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25515-25517-1-PB.pdf>.

NEVES, Marcelo. Entre hidra e hércules: princípios e regras como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Alexandre Gindler de. União estável e casamento: atos jurídicos distintos com efeitos sucessórios distintos. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245333,61044-Uniao+estavel+e+Casamento+Atos+juridicos+distintos+com+efeitos>. Acesso em: 19/04/2018.

PADILHA, Sarah. Disposições gerais sobre o negócio jurídico. Disponível em: <https://sarahpg.jusbrasil.com.br/artigos/335131832/disposicoes-gerais-sobre-o-negocio-juridico>. Acesso em: 19/04/2018.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. Memória legislativa do código civil. Brasília: Senado Federal, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. União Estável. In: 2. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (organizador). Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

PEREIRA, Virgílio de Sá. Direito de família. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p.89. apud CAHALI, Francisco José. Contrato de convivência na união estável. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Em nome da liberdade, união estável tem

de se manter diferente do casamento. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-04/processo-familiar-liberdade-uniao-estavel-diferente-casamento>. Acesso em: 20/04/2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito de família. 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1947.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 4ª ed. São Paulo: RT, 1977.

LUHMANN, Niklas. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. Droit et Société. Paris, vol. 47, pp. 47-57, 2001.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil, direito de família. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

SCHREIBER, Anderson. União estável e casamento: uma equiparação? Disponível em:<http://genjuridico.com.br/2017/08/23/uniao-estavel-e-casamento-uma-equiparacao/>. Acesso em: 19/04/2018.

VENOSA, Silvio de Salvo. A família conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (organizador). Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. O direito útil. Madrid: Trotta, 2005.



## REFLEXÕES SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS PENITENCIÁRIAS EM RETÓRICA AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL INSTALADO NOS CÁRCERES DO BRASIL

**GILIARDE BENA VINUTO ALBUQUERQUE CAVALCANTE VIRGULINO RIBEIRO NASCIMENTO E GAMA:**

Doutorando em Desenvolvimento Regional (PPGDR – UFT). Mestre comunicacional e societário (PPGCOM-UFT). Aluno Especial em Doutorado (USP e UNICAMP, Brasil). Criminologista. Penalista. Processualista Penal. Trabalhista. Processualista do Trabalho. Jurista (UFT, Brasil). Docente do Curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS, Brasil). Pesquisador em direitos humanos e fundamentais e jurisdição para a educação no Mercosul. Professor de Direito da Universidade Estadual do Tocantins, Campsu de Paraíso.

**Resumo:** O Estado de Coisas Inconstitucional, fruto de decisão cautelar na ADPF 347/STF, estabelece o retratado dos sistemas penitenciários e prisionais do Brasil que há tempos vivem delicado cenário no que toca à efetividade das normas penais e de execução penal. O estudo traça algumas reflexões sobre elementos propulsores da histórica decisão da Corte Suprema e, igualmente, os efeitos a serem considerados para a boa aplicabilidade de políticas públicas penitenciárias. Para tanto, adota-se pesquisa do tipo bibliográfica, qualitativa e documental. Os resultados obtidos obtemperam a sistematicidade da causa e os desdobramentos necessários de atenção por todos os poderes constituídos na República.

**Sumário:** 1 - Introdução. 2 - Notas introdutórias à conhecida de pessoa. 3 - Estado de Coisas Inconstitucional – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF N. 347/STF. 4 - Políticas públicas penitenciárias em retórica ao Estado de Coisas Inconstitucional instalado nos cárceres do Brasil. 5 - Considerações finais

### 1. Introdução

A história da penalização e dos estabelecimentos de cumprimentos de medidas restritivas da liberdade do ser humano é extensa e abundante em elementos e fenômenos de ordem política, humana, social e jurídica observados ao longo da história do mundo e, especialmente, da história do que atualmente se expressa como unidade geopolítica, o Brasil.

Em 1822, registrou-se a declaração de independência do Brasil, à época, mera colônia portuguesa. Seguidamente, viu-se a outorga da Constituição Política do Império do Brasil de 1824 assinada por Dom Pedro Primeiro, então Imperador.

A Carta Política de 1824 é tida como a primeira constituinte nacional, embora tenha se dado sob processo antidemocrático. Inobstante, é marco inicial para se conhecer e analisarem elementos e fenômenos influenciadores do "status" da penalização e do "modus operandi" da execução de penas ao longo da história jurídica da nação.

Averiguando-se as bases de instituição e justificação do Direito moderno, observa-se que o direito penal não garantista é retrógrado para a tutela de valores e bens jurídico-sociais ímpares à paz, à ordem e à segurança das relações desenvolvidas na "polis", sobretudo no atingimento dos fins normativos afeitos à execução penal doravante famosa pela privação da liberdade em espaços imundos e de medidas truculentas sobre vidas humanas massivamente estratificadas social, política e economicamente.

O Brasil conta com histórico de penas de açoites, chibatadas, mortes, mutilações *et cetera*. Hoje, em *corpus de lex*, tem-se a proibição de sanções infamantes e desumanas, assistindo-se a penalizações que recaem sobre a "alma" ou psique e sobre os bens das pessoas e não mais sobre o corpo, a estrutura física dos indivíduos transgressores de normas públicas de natureza penal.

Os vetores desses elementos históricos se dão ante diversas fases da vingança humana, espinha dorsal do direito penal, que readequou as punições e seus mecanismos punitivos aos valores político-sociais dos grupos ou das sociedades das diferentes épocas.

De mais a mais, os meios de comunicação de massa periodicamente informam sobre eventos envolvendo a realidade das prisões, ao que se coleta dados que configuram condições humanas preocupantes, portanto, não silenciadas e avessas a tratados, convenções, pactos e normas legais (nacionais e internacionais) em matéria de direitos público-subjetivos asseguradores da dignidade da pessoa humana, muitos já incorporados à legislação pátria.

As situações mediatizadas são das mais aviltantes, pois revelam cenários de ultrajes gerais, continuados e sistêmicos, sobretudo a beneplácitos fundamentais sem os quais a natureza e a condição da espécie humana se perdem, bem como se desestrutura o Estado de Direito alçado à natureza democrática em corpulência estrutural.

Assim sendo, patente é reconhecer que as normas incriminadoras, a penalização e a execução das sanções possuem delicada história e escopo político-jurídico, mantendo sensível quadro de manutenção de estruturas normativas e institucionais legitimadoras da

existência dos cárceres e, quiçá, das próprias condições (negativas, especialmente) que lá são observadas.

O *locus* carcerário, indubitavelmente, é tema do qual a sociedade e os governantes não podem se furtar pelas expressivas marcas e máculas que se exteriorizam e degeneram o espírito da dignidade humana e da estrutura do Estado Democrático de Direito, que, ao tempo presente, se vive e se visa tutelar em prol do bom e sadio desenvolvimento das sociedades modernas.

Desse modo, aproximar-se de fatores de ordens múltiplas e tocantes ao Sistema Penitenciário e Prisional nacional, considerando-se importantes caracteres e valores normativos da primeira carta magna e demais textos constitucionais entre 1824 e 1988 (subjacentes discursivamente), é buscar compreender as raízes e os condicionadores da estrutura formal e legal assumida pelos estabelecimentos penais que, hoje, encontram-se reconhecidamente como “Estado de Coisas Inconstitucional” em razão de decisão, no ano de 2020, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 na Excelsa Corte da República Federativa do Brasil.

Frente ao reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional”, tem-se preocupante cenário que requer imediata e guiada (re) discussão quanto ao *status* fulminante do *boni juris* em matéria de dignidade humana, direitos fundamentais e execução de sanção penal, quando observada em estabelecimentos penais brasileiros.

O tema chama à averiguação científica ante a monta expressiva de desnaturação da instituição da penalização e do *locus* carcerário historicamente de insucessos de natureza sistêmica e efeitos prejudiciais a toda a malha social.

Ante tudo, cá tem-se pesquisa bibliográfica (apoiando-se em literatura de políticos e jurídicos, v.g., Immanuel Kant, Norberto Bobbio), documental (v.g. Constituições de 1824 e 1988, angular e subjacente apoiadas) e jurisprudencial (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 347 sustentada em construto jusfilosófico de *numerus clusus* decisões da Corte Constitucional Colombiana – CCC), de enfoque qualitativo e interdisciplinar, sobre o reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” a recair sobre o Sistema Carcerário do Brasil com vistas a compreender crítica e reflexivamente o ambiente carcerário e os vetores que afirma o “estado de coisas”.

## **2. Notas introdutórias à concepção de pessoa**

Espia-se, à sorte da literatura jurídica, que a terminologia *pessoa*, muito explorada, defensivamente implícita ou explicitamente neste estudo, se empresta a incitações ou provocações várias que importantemente enveredam-se pela busca da transcrição apta

deser possuída, por ímpeto da gnose, por todo e qualquer ser humano com um mínimo graude capacidade de abstração do mundo e dos fenômenos de ocorrência na sociedade.

A nomenclatura *supra* se processa a informar e modelar visões e comportamentos da vidapública (sujeitos e instituições) que não venham a avançar às zonas conhecidas de conflitos ou, ainda, de aparentes para a incidência e aplicabilidade normativas (territórios etimológicos inferidos pela cultura, história, pelo sistema jurídico, pelos valores e costumes do direito doméstico ou internacional incorporados à Ordem Constitucional-Positiva e sob vigor) e não patrocinadores do uso da força ou do exercício do poder que se volte ao legitimar “verdades”, virtudes ou interesses lançados ao reconfigurar de outras pessoas ou instituições (cognitiva e comportamentalmente ou redefinições dos estatutos sociais ou das concepções envoltas à ética institucional, respetivamente) e territórios (etimológicos ou físicos) a arquitetar o mundo, conhecidamente, de múltiplos significados e possibilidades narrativas.

Chega-se, ritmadamente, ao âmago desta seção, que se volta ao acautelar da pessoa humana na expressão e detenção da dignidade que lhe incorpora por exigência natural e *jus* ficcional, a ancorar a própria noção de direitos (*lato sensu*), desmerecidas situações de localização espacial do ser humano (*in* divisões de setores jurídicos com tratamentos particulares), se em cárcere ou alheio a este.

Sem mais prolação, à indagação de ponto. *O que é pessoa para o universo jurídico?* Quiçá objetar alguma redução conceitual possa se confirmar confluyente ao explorar guiado, o revés se mostraria relutante ou não contributivo ao que se espera nesta excursão. Pois bem, compulsando a literatura *ius*, destacam-se três vocábulos que bem exteriorizam a ideia chave para o termo ora investigado, quais sejam: a) *Phersu*, b) *prosopon* e c) *persona*.

O vocábulo *Phersu*, de origem etrusco arcaico, significa máscara e faz tributo a uma deusa (Perséfone) quando dos festivos dias dedicados à tal personagem (CASTAÑEDA, 1989). Observe-se que, nesse primeiro momento, obtém-se que *pessoa* e *máscara* possuem correlação semântica.

No que lhe toca, o vocábulo *prosopon*, de origem grega, se informa como sinônimo de face ou rosto. Igualmente, se aperfeiçoou na ideia de máscara, pois de uso em momentos festivos dedicados a Dionísio (CASTAÑEDA, 1989).

Excogita-se que, nesse segundo momento, granjeia-se que *pessoa*, *face* ou *rosto* e *máscara* correlacionam-se para a semântica de intento conceitual.

Acerca do vocábulo *persona*, oriundo do latim, compreende-se que tem sofrido transferência ao plano do sentido contemporâneo, vindo a significar *personagem*

(GOGLIANO, 1982). Não obstante, durante a Antiguidade, era tomado como *máscara*. Examine-se que, nesse terceiro momento, *pessoa*, *personagem* e *máscara* se imbricam de modo a ofertar semântica e sentido congruos.

Feito isso, obtempera-se que o termo *pessoa* se lança à incorporação da concepção de apreensão possível, pela tradição jurídica que se espelha no social e público, como atributo externo ao ser humano, mas a ele incorporado quando do hábito de se apresentar em contextos de revelada constatação e interação sociais ou grupais ou, puramente, quando se expressa de qualquer forma na vida comum. Serve-se como vestimenta social, pública e, porque não, legal, ao afincar-se, estabelecer-se, desdobrar-se e desenvolver-se na vida em *societas*.

Ante o digladiado, a *pessoa*, nas Ciências Jurídicas titular de direitos e flectida ao cumprir de deveres, aprimora-se no *sujeito*, sendo-o por herança natural e, também, constructo *iusficcional* ao toar da cultura de sinas morais e éticas, ao que esbanja respetiva condição deposse e monta tutelar externas ao ser, mas a ele indissociáveis para que se apresente e sefigure socialmente sem dispensa de reconhecimento e trato nobilitante ou não desnaturador de bens cingidos à figura da pessoa detentora de natureza humana.

Ainda por cima, estaria a *pessoa*, sob relações sociais e públicas, dando vida a um *personagem* que a aproxima do ser político e racional esperado de coexistência na *polis*, distanciando-a da condição exclusivamente natural e animal e inferida pelas mais asselvajadas conduções emotivas ou instintivas despertas no atendimento de rubricas meramente cifradas pela individualidade.

Os limites impostos pelas normas dentro do Estado visam, maiormente, à não confusão por alguns sujeitos políticos do poder que lhes é conferido em razão da representatividade popular. Dessa forma, o poder não deve ser evocado para limitar as garantias naturais, senão coordená-las a bem do interesse comum.

Mais à frente, observando as normas aplicadas a determinado povo, alcança-se o prelúdio para a compreensão de *sujeito de direito*, haja vista que determinado povo é constituído logicamente por indivíduos ou, numa visão jurídica, por *sujeitos de direito* (*e deveres*). A análise do *sujeito de direito* proposta é visceral à abordagem de cunho filosófico, cá representada por estudos como os de Immanuel Kant.

Veja-se em Immanuel Kant a busca pela conceituação de *sujeito*. Inicialmente, cumpre dizer que não se apercebe objetivamente nos estudos desenvolvidos por Kant um conceito explícito de *sujeito*.

O sujeito de direito aparece em Kant essencialmente vinculado à tomada de posse do mundo exterior. É o sujeito que integra os

objetos exteriores ao juridicamente meu por meio da ocupação e que, nesse sentido, identifica-se, na sua matriz mesmo, como um proprietário (JUNIOR, 2012, p. 40).

Note-se, de pronto, que a ideia de *sujeito* em Kant tem relação com o mundo exterior, isto é, com as coisas do mundo. E, na autodeterminação moral sobre a propriedade das coisas, o conceito se assenta. Em outras palavras, Kant traz uma idealização de sujeito, ligando-o à racionalidade da autonomia que subjaz na qualidade de liberdade do ser sobre as coisas.

[...] o sujeito não é senão aquele núcleo de autonomia moral, razão que se autodetermina, pura inteligibilidade desprovida por completo de qualquer empiria. Exatamente no direito, no limite entre interior e exterior, quando o interior se projeta para fora na forma da liberdade exterior, o que se realiza pela ação humana de tomada de posse do mundo fenomênico, a relação mesma que aquele núcleo da moralidade pode estabelecer com os objetos não pode ser outra, senão a de um vínculo com algo que lhe é exterior. (JUNIOR, 2012, p. 41).

O mero vínculo entre o *sujeito* e o mundo externo é a propriedade fenomênica que assegura a autonomia do ser sobre a coisa, revelando-se assim na expressão moral de um possuidor inteligível e nada além do valor expresso sobre um corpo externo impossível de ser possuído verdadeiramente.

Essa vinculação do *sujeito* ao mundo exterior cria um estado intermediário que pode ser entendido como o campo de trocas e fluxos de experiências corpóreas que definem uma forma de relação reafirmada numa espécie de contrato ou lei de posse contínua (KANT, 2004).

A manutenção desse estado resulta, por assim dizer, na qualidade de *sujeito de direito*. Isto é, na qualidade de um ser na interação com o mundo externo ser capaz de adquirir abstratamente a possibilidade de manter com esse estado externo um vínculo a se firmar num determinado tempo (e espaço). Pelo todo dito, o *sujeito* é conhecido a partir da autonomia exercitada sobre o mundo externo.

### **3. Estado de Coisas Inconstitucional – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF N. 347/STF**

O *sistema prisional e penitenciário* nacional, explícito em razão de gritantes violências a direitos e a pessoas, alcança, no atual marco de 33 (trinta e três) anos de

*Estado democrático de Direito*, a declaração, o reconhecimento de *Estado de Coisas Inconstitucional* – o que fez a Suprema Corte em recente julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em sede cautelar (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n.º 347/PSOL).

O *Estado de Coisas Inconstitucional*, reconhecido parcialmente em sede cautelar pela Excelsa Corte do Brasil, visa promover a adoção prática de medidas, por todos os entes do Estado, convergentes a sanar lesões a bens fundamentais de extrema violação em cárceres brasileiros.

No bojo, a ação pede o reconhecimento acerca da nítida violação de mandamentos legais e fundamentais à população presa, bem como a determinação de providências diversas aos sistemas punitivos dirigidos pelo Poder Público (Poder Executivo), pois, entende-se pela existência de leis protetivas e pela inexistência de interesse político em executá-las eficiente e eficazmente (ANDRADE, 2016).

O *Estado de Coisas Inconstitucional*, brevemente, se faz no excesso de registros negativos e graves de violações a direitos mínimos, às normas básicas subjetivas, públicas e fundamentais (direitos e garantias fundamentais de esfera constitucional ou *infra*), em determinados setores sociais, *in casu*, defende-se, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental referenciada, que as violações de direitos no sistema carcerário são insustentáveis no *Estado Democrático de Direito*.

São muitas as implicações de ordem vilipendiadora da condição humana em ambiente de execução das penas, não sendo objeto *mor* do debate abordar e esmiuçar todos os vetores e elementos reflexos, senão os de âmago basilar que irradiam efeitos a toda à estrutura física e simbólica do encarceramento nacional de histórico tenebroso e sensíveis normas humanas.

Não devem, as explanações cá avançadas, serem tomadas como defesa da impunidade do fato considerado ilícito penal, da conduta criminosa, delituosa ou do ilícito genérico (comum a todos os ramos jurídicos) que macula a ordem e a paz sociais; tampouco a defesa das práticas imorais, arbitrarias e atentatórias aos valores democráticos, republicanos e aos bons costumes nacionais. Defendem-se todos os elementos de órbita da causa de fundo como apontadores de reflexões críticas à perda do bom zelo à natureza humana e ao des zelo à aplicabilidade devida das normas constitucionais e legais, muito ignoradas relativa ou absolutamente em determinados contextos concretos (*v.g.* o cárcere), independentemente de qualquer sobrepeso de conduta avaliada negativamente pelo corpo político.

Não se olvide que o ambiente carcerário sob as condições conhecidas largamente se destina ao recolhimento de qualquer pessoa, quando da violação a um bem penal

tutelado ou à falta de deveralimentar (prisão de natureza civil de devedor de alimentos inadimplente).

Assim sendo, qualquer indivíduo está apto a cometer *infrações penais*, que sujeitam à *privação da liberdade*, podendo lançar-se aos tratamentos carcerários aos moldes dos dispensados aos que se encontram recolhidos no flagelo.

Ao cabo, a adequada percepção do *Estado Democrático de Direito* em ambiente de cumprimento de pena ou de medidas provisórias de cerceamento da liberdade prescinde de maior respeito às balizas da atuação estatal. Dado que, em se observando o Estado divorciado das normas públicas [fala-se frontalmente daquelas que, ainda que promulgadas, existentes, vigentes e a surtir efeitos legais, possuam conteúdo efetivamente compatibilizado com as normas constitucionais (do “tudo ou nada” e principiológicas), infraconstitucionais (se normas infralegais, também devem considerar aquelas de posição topográfica piramidal superior – *v.g.* norma de direito penitenciário estadual deve simetria à norma de direito penitenciário federal e à Magna Carta), éticas, morais, proporcionais, justas *et cetera*], não estará para a tutela dos interesses do povo que, por vezes, se encontra, também, no cárcere.

Frente a tudo, perceber-se como pessoa em constantes trocas político-sociais é entender-se como indivíduo que manterá (direta ou indiretamente) futuras relações com os pares da *polis*, pares que podem eventualmente estar privados de liberdade ou não. Na vez de pessoas privadas de liberdade, sabe-se que elas poderão retornar ao convívio social em oportuno momento de relaxamento ou revogação da prisão, execução da sanção ou condições outras que abrandam o cumprimento de pena (BOBBIO, 1992; CANOTILHO, 1999).

#### **4. Políticas públicas penitenciárias em retórica ao Estado de Coisas Inconstitucional instalado nos cárceres do Brasil**

Sabe-se que as *políticas públicas penitenciárias* se guiam pelos vetores da dignidade humana, custódia, vigilância, segurança, ordem e reeducação, merecendo apreço os vetores a) dignidade humana e b) reeducação, de pouca ou nenhuma expressão, quando se trata dos fins atuacionais das políticas públicas em espaço carcerário.

A dignidade humana e a reeducação surgem, maiormente, nas discussões que tratam das funções da execução penal, mas não exatamente como *vetor mor* ao lado de outros espécimes afamados nitidamente pelo cunho aflitivo ou punitivo, herança do retrógrado espírito criminal investido em matéria penal que demonstra distanciamento aos postulados humanos mais límpidos à natureza garantista humano-penal.



Observa-se a existência de inúmeros documentos que tratam de potenciais *políticas públicas penitenciárias*, muitas idealizadas, a nível nacional, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, a Polícia Penal Federal (novo órgão de segurança pública no Brasil, advento da Emenda Constitucional 104/2019, responsável pela segurança dos estabelecimentos penais); a nível estadual, secretarias de estado responsáveis pela gestão dos cárceres circunscritos às suas áreas territoriais; departamentos estaduais penitenciários e prisionais; a Polícia Penal estadual ou distrital (novo órgão de segurança pública no Brasil, advento da Emenda Constitucional 104/2019, responsável pela segurança dos estabelecimentos penais).

Não obstante, sabe-se da dificuldade, da resistência e até mesmo da falta de conhecimento técnico de gestores, ou nos discretos resultados obtidos das poucas políticas aplicadas em cárceres, sendo diversos os elementos que aclaram os problemas de imperfectividade ou não efetividade dos instrumentos (*v.g.* dificuldade de acesso a recursos financeiros de fundos penitenciários, penas pecuniárias ou como condição de suspensão condicional do processo *et cetera*; adequada idealização e disposição escrita de projetos por corpo técnico, que venham a ser aprovados e executados, respeitando-se o cronograma executivo; possíveis desvios de verbas, corrupção, favorecimento *et cetera*; especialização de setores e servidores para fiscalizar a destinação e fiel percepção de resultados dos projetos aprovados e executados, dentre tantos outros elementos internos à gestão do estabelecimento penal e externos ao ambiente de cárcere).

Frisa-se que as *políticas públicas penitenciárias* devem ser percebidas para que se faça valer, em especial, a assistência à pessoa presa ou internada, para que disponha de condições preventivas da *infração penal* e orientadoras ao retorno à convivência social, sob confirmada dignidade.

Consideram-se, pelo Estatuto Executório Penal (Lei Ordinária Federal 7.210/84), seis espécies de assistência à pessoa presa: **a)** *material* – alimentação, vestuário e higiene, **b)** *saúde* – atendimento médico, farmacêutico e odontológico, **c)** *jurídica* – assistência jurídica pela Defensoria Pública, **c)** *educacional* – instrução escolar e profissional, **d)** *social* – acompanhamento e amparo em matérias diversas e **e)** *religiosa* – liberdade de culto sem caráter obrigatório. Portanto, são essas espécies de assistência a serem especialmente atendidas em políticas, planos e programas de percepção em *locus* carcerário.

A tudo isso, observa-se que há constructos ideários, políticos, culturais e sociais que, movimentados planejadamente para o plano concreto (passível de percepção prática pela população presa e pelo corpo social), são capazes de resultar em transformações de espaço, estruturas e condições dignas à execução penal, à repressão da criminalidade e ao atendimento aos efeitos do *modelo penal ressocializador*.

## 5. Considerações finais

O *Estado de Coisas Inconstitucional* é estrutura formal para o reconhecimento da sempre notória imperfectibilidade dos confins prisionais e das políticas públicas lá operadas (leis, projetos, programas, ações, medidas *et cetera*). Inobstante, mero ato formal não é capaz, *de per se*, de determinar e informar convicentemente os indivíduos (a título simples de pessoa humana, ignorando-se território político de pertença) da coisa pública e do acertado marco inicial de um problema milenar e sistêmico das sociedades modernas a reviver projeto executivo penal (leia-se legislação penal e de execução penal) de sociedade longeva no plano histórico assistido em valores e ideais outros.

Ato estatal tardio, mas ainda esperado, é o reconhecimento material e formal dos insucessos dos ambientes de cumprimentos de pena, esse representado pelo Poder Judiciário (Teoria de Separação dos Poderes de Montesquieu).

Com isso, ganham-se os espaços científico, governamental e social organizada liberdade para tratar, com mais proximidade e maior afinco, dirimentes dos vetores desestruturantes, incapacitantes, inoperantes, ineficientes e ineficazes fomentadores de um projeto de execução penal não capaz, até os dias atuais, de atender aos fins sociais e normativos afincados no Estado Democrático de Direitos e bens iluministas afamados no Mundo Ocidental ventilados para a reeducação do transgressor das normas públicas.

O fervor discursivo alinhavado à abertura de espaços físicos possibilita mais e melhor controle público/social/popular/nacional/internacional, todos potencialmente transformadores da realidade assistida e criticada.

Não se nega, vigilantemente à cédula racional que enlaça este estudo, a grandeza e a complexidade da temática, não se exigindo, cá, desdobres que se atestam pela suficiência discursiva (afunilamentos conclusivos de causa), senão pela instigação teórica apta a conduzir ações correntes ao *locus* carcerário enquanto estrutura e projeto político-legal.

## Referências

ANDRADE, B. A. de & TEIXEIRA, M. C. (2016) O estado de coisas inconstitucional: uma análise da ADPF 347. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, 13 (13), p. 85-121.

BOBBIO, N. (1992). *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1992.

Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília. Recuperado em 01 de agosto de 202, de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207)

.210%2C%20DE%2011%20DE%20JULHO%20DE%201984.&text=Institui%20a%20  
Lei%20de%20Execu%C3%A7%C3%A3o%20Penal.&text=Art.,do%20condenado%20  
e%20do%20internado.

CANOTILHO, J. J. G. (1999). *Estado de Direito*. Fundação Mário Soares. Lisboa:Radiva  
Produções, Ida, 1. Ed.

CASTEÑEDA, I. M. H. (1989). *El concepto jurídico de persona*. Pamplona: Ediciones,  
Universidad de Navarra.

JUNIOR, C. N. K. (2012). *Sujeito de Direito e Capitalismo*. Tese (Doutorado em Direito) –  
Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo.

KANT, E. (2004). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo  
Quintela. Lisboa: Edições 70, 117 p. (Textos Filosóficos).

GOGLIANO, D. (1982). *Direitos privados da personalidade*. Tese (Doutorado em  
Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.