

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 945

(Ano XII)

(15/02/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DA SEMANA



#### Os mitos do juiz de garantias e o ativismo judicial no STF

10/02/2020 | Renato Falchet Guaracho .....04

### ARTIGOS

#### Quem são os verdadeiros garantidores de direitos? ilustração do inusitado caso da bola de futebol apropriada por vizinha na cidade de Presidente Dutra no Maranhão

14/02/2020 | Alex Pacheco Magalhães .....06

#### A violência contra a mulher e o princípio da dignidade humana: análise sob a Lei Maria da Penha

14/02/2020 | Keila Abadia dos Reis Petrocefsky ..... 15

#### A responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros por notários e registradores no exercício de suas atividades.

14/02/2020 | Claudia Machado de Assis .....38

#### A imunidade tributária no Brasil e seus reflexos práticos: um panorama atual

13/02/2020 | Elaine Fernandes Barizão..... 49

#### O Método de Pareto aplicado em investigações de crimes de roubos: conceituação criminológica e estudo de caso da gestão de uma unidade de polícia judiciária

13/02/2020 | Breno Eduardo Campos Alves..... 103

#### Controle de Constitucionalidade: Ação Direta de Inconstitucionalidade

13/02/2020 | Joana Ferraz do Amaral..... 125

#### A Filiação Socioafetiva À Luz Da Constituição Federal

12/02/2020 | Ana Cristina Teixeira Barreto..... 145

#### Da (in)competência do Tribunal de Contas Estadual em exercer o controle de constitucionalidade de lei estadual

12/02/2020 | Joana Ferraz do Amaral ..... 162

<b>Comércio eletrônico e segurança jurídica</b>	
<i>11/02/2020   Carlos Roberto Barroso Bessa .....</i>	<i>174</i>
<b>Mandado Parlamentar. Eventual Vaga. Partido Político ou Coligação?</b>	
<i>11/02/2020   Diego da Silva Ramos .....</i>	<i>186</i>
<b>A educação para Hegel</b>	
<i>11/02/2020   Francisco Anderson Costa da Silva .....</i>	<i>191</i>
<b>A utilização do Fundo Judiciário para pagamento de despesa com pessoal sob a perspectiva legislativa do Estado de Rondônia</b>	
<i>11/02/2020   Joana Ferraz do Amaral .....</i>	<i>198</i>
<b>Decrescimento sereno: uma abordagem dos questionamentos de Serge Latouche sob o prisma dos processos de decolonização nas sociedades da América Latina</b>	
<i>10/02/2020   Lorena Simões Florêncio.....</i>	<i>208</i>
<b>Do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário: suas peculiaridades no sistema jurídico brasileiro</b>	
<i>10/02/2020   Pâmela Burke Barboza .....</i>	<i>225</i>
<b>Composição da Mesa Diretora e Observância do Princípio da Proporcionalidade</b>	
<i>10/02/2020   Diego da Silva Ramos .....</i>	<i>247</i>
<b>MONOGRAFIA</b>	
<b>O Direito Constitucional à diversidade sexual e de gênero: a necessidade de regulação estatutária</b>	
<i>11/02/2020   Victor Hugo Cerqueira Silva Vilas Boas .....</i>	<i>251</i>

## OS MITOS DO JUIZ DE GARANTIAS E O ATIVISMO JUDICIAL NO STF

**RENATO FALCHET GUARACHO:**

coordenador jurídico do escritório Aith, Badari e Luchin Advogados.

O Congresso Nacional e o Presidente da República promulgaram recentemente a Lei Anticrime que inovou na legislação processual penal e estabeleceu a existência do juiz de garantias, que é um magistrado que atuará na fase pré-processual.

Para melhor explicar, a função do juiz de garantias será decidir sobre quebra de sigilo fiscal e bancário, prisões cautelares, busca e apreensão e demais decisões judiciais necessárias no procedimento de investigação, antes que exista uma ação penal.

Aliás, muito se fala que o juiz de garantias seria uma inovação brasileira, o que não é verdade, uma vez que muitos países desenvolvidos já tem uma figura parecida, como Estados Unidos, Alemanha, Inglaterra, França, Portugal e Itália, além de países menos desenvolvidos que também já incluíram o juiz de garantias, como a Argentina.

Assim, fica claro que esta figura não é uma inovação do sistema judicial brasileiro, tampouco existe para impedir a Operação Lava Jato, como muito se fala. Isto porque, a figura do juiz de garantias já existia na proposta do novo Código de Processo Penal, que tramita no Congresso Nacional antes da Lava Jato existir. Além disso, a Operação Mãos Limpas, que ocorreu na Itália e é a grande inspiração da Lava Jato, aconteceu com a existência de um juiz de garantias. Ou seja, esta figura nunca impediu o combate a corrupção.

No entanto, recente decisão do ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, determinou a suspensão do juiz de garantias pelo prazo de seis meses, ou seja, esta figura só passará a vigorar a partir de junho de 2020. Além disso, o ministro Dias Toffoli também regulamentou a inaplicabilidade do juiz de garantias em processos que ocorram nas instâncias superiores, tribunal do júri e crimes de violência doméstica e familiar.

De início, importante ressaltar que a implementação do juiz de garantias não traz nenhuma demanda nova ao Poder Judiciário e também não seria necessária a contratação de novos juízes, mas apenas uma divisão das tarefas já exercidas por eles. Prova disso é a existência do DIPO, um departamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que já trabalha como uma espécie de juiz de garantias e já vigora na cidade de São Paulo há algumas décadas, inclusive foi

ampliado através da Lei Complementar Estadual n.º 1.208/13, que prevê a criação do DIPO em todo Estado de São Paulo.

Quanto a suposta necessidade de novos juízes, a alegação não prospera. Atualmente, os magistrados já atuam na fase pré-processual e processual, o que mudaria seria apenas a divisão, o juiz que atuou na fase de garantias não atuaria na fase processual. Aliás, com a informatização dos processos, que hoje tramitam de forma eletrônica em todo território nacional, sequer seria necessária a locomoção de juízes, os pedidos podem ser direcionados a eles sem que precisem sair da comarca que atuam.

Aliás, frisa-se que mesmo que a implementação do juiz de garantias fosse algo extremamente difícil, o que não é, fato é que a cada dia mais o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal acaba com a segurança jurídica no Brasil e traz diversos prejuízos, tanto no âmbito nacional quanto internacional, inclusive prejudicando a economia.

Isto porque, não cabe aos juízes julgarem ou regulamentarem leis. Ao Supremo Tribunal Federal compete a guarda da Constituição Federal e não a regulamentação de legislações que não tem qualquer relação à Constituição. Esta competência pertence ao Congresso Nacional, em razão da democracia, o poder emana do povo e, assim, apenas os representantes eleitos podem fazer e regulamentar leis.

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal flertam com um Estado Ditatorial, mas a ditadura, neste caso, vem de um Poder Judiciário que tudo pode, que não tem freio, que decide a vida do país como bem entende, afastando o poder do povo e de seus escolhidos e avocando para si. Isto porque, não é apenas no juiz de garantias que o Supremo Tribunal Federal legisla, mas em todas as matérias que entendem necessária a intervenção judicial na esfera cível, criminal, tributária, previdenciária, trabalhista e quaisquer outros ramos.

Desta forma, a população brasileira está se tornando, cada vez mais, refém de um Poder Judiciário e, em especial, de onze ministros que decidem da forma que entendem melhor. Assim, o ativismo judicial torna vigente uma ditadura perpetrada pelo Poder Judiciário, que deve ser combatida, garantindo, assim, a democracia vigente no Brasil.

## QUEM SÃO OS VERDADEIROS GARANTIDORES DE DIREITOS? ILUSTRAÇÃO DO INUSITADO CASO DA BOLA DE FUTEBOL APROPRIADA POR VIZINHA NA CIDADE DE PRESIDENTE DUTRA NO MARANHÃO

**ALEX PACHECO MAGALHÃES:** Defensor Público do Estado do Maranhão. Especialista em Direito Processual Civil (Universidade Anhanguera - UNIDERP/LFG). Especialista em Direito do Estado (JusPodivm/Faculdade Baiana de Direito). Ex-Delegado de Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. Ex-Consultor Jurídico da Procuradoria Jurídica da Câmara Municipal de Salvador/BA. Ex-Advogado. Bacharel em Direito (FIB - Centro Universitário da Bahia). Lecionou aulas em Faculdades e Universidades de Direito. Ministrou palestras e cursos em instituições públicas, privadas e acadêmicas. Autor de diversos textos, artigos e ensaios jurídicos.

**RESUMO:** A história sempre foi marcada por falaciosos e repetidos discursos em defesa de órgãos, agentes e instituições acerca da violação e usurpação de regras de competências e atribuições delimitadas pela Constituição Federal e pelas leis, em diversas situações vivenciadas em nosso cotidiano. A vaidade e o poder devem ceder em face da proteção dos direitos fundamentais. E quem pode garantir esses direitos? Quem são os verdadeiros garantidores de direitos? Abordamos também o recente caso inusitado ocorrido no Estado do Maranhão. As indagações e reflexões propostas pretendem chamar a atenção do nosso compromisso e nossa responsabilidade individual e social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos. Garantias. Garantidores de direitos. Bola de futebol. Responsabilidade individual e social. Cooperação. Solidariedade.

**ABSTRACT:** History has always been marked by fallacious and repeated speeches in defense of organs, agents and institutions about the violation and usurpation of rules of competences and attributions delimited by the Federal Constitution and the laws, in several situations experienced in our daily lives. Vanity and power must yield in the face of protecting fundamental rights. And who can guarantee these rights? Who are the real guarantors of rights? We also address the recent unusual case that occurred in the State of Maranhão. The proposed questions and reflections are intended to draw attention to our commitment and our individual and social responsibility.



**KEYWORDS:** Rights. Guarantees. Rights guarantors. Soccer ball. Individual and social responsibility. Cooperation. Solidarity.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Garantidores de direitos? Quem são? 3. Ilustração do inusitado caso da bola de futebol apropriada por vizinha na cidade de Presidente Dutra no Maranhão. 4. Considerações Finais. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabelece dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, *construir uma sociedade livre, justa e solidária*, assim como promover *o bem de todos*.

Os direitos e garantias fundamentais encontram-se espalhados em diversos dispositivos do texto constitucional.

Cumprir destacar que parte da doutrina considera inclusive importante a distinção de direitos e garantias. Tal diferenciação remonta a Rui Barbosa, e ao longo da história, renomados estudiosos trabalharam com tais conceitos. “Os direitos representariam em essência certos bens, enquanto as garantias se destinariam a fruição desses bens. Os direitos seriam principais, já as garantias acessórias” (MORAES, 2018, grifo nosso).

Os direitos fundamentais teriam natureza declaratória (Ex: direito à vida), estando acompanhados das garantias fundamentais que ostentam natureza assecuratória para garantir-lhes eficácia (Ex: Habeas Corpus que serve para tutelar o direito de liberdade). Apesar de todo remédio constitucional ser considerado uma garantia, nem toda garantia é um remédio constitucional. Inúmeros outros instrumentos e medidas podem também assegurar direitos (MORAES, 2018).

Feita tal digressão, muito se evidencia hoje a figura dos ‘garantidores de direitos ou rights guarantors’, que são justamente aqueles responsáveis em permitir a concretização dos bens fundamentais ao ser humano. Seriam eles defensores e promotores não apenas do acesso a direitos, mas da sua materialização.

Os falaciosos e repetidos discursos em defesa de órgãos, agentes e instituições acerca da violação e usurpação de regras de competências e atribuições delimitadas pela Constituição Federal e pelas leis, não podem/devem prevalecer sobre o primado de se assegurar o exercício e a concretização dos direitos fundamentais de todo ser humano. Afinal, isso que consagra a própria existência de um Estado Democrático de Direito.

Em diversas situações vivenciadas em nosso cotidiano, presenciamos inclusive constantes omissões de órgãos, agentes e instituições durante a sua esfera de



atuação, esta muitas vezes tão 'esperada' e 'desejada', mas que lamentavelmente acaba imperando a inércia. Todavia, no momento em que alguém toma algum tipo de providência, as investidas e os ataques são então lançados.

De fato, o que se denota é a contaminação pela vaidade e pelo poder. Entretanto, os mesmos devem ceder em face da proteção dos direitos fundamentais.

Nessa senda, garantir direitos deve ser um ideal a ser sempre perseguido e incentivado, já que os limites e restrições estão a cada dia ganhando mais espaço, fulminando inclusive conquistas históricas.

O descaso e a desinformação não raras vezes intencional, sobre o papel social exercido por cada indivíduo, revela a nossa difícil evolução cultural no sentido de se consagrar um modelo de sociedade solidária, parceira, participativa e cooperativa. A raiz e essência de uma sociedade ainda individualista, machista, preconceituosa, patrimonialista e conservadora revela uma realidade sombria.

Haverá o dia em que a luz do sol irradiará e iluminará tal caminho, a fim de que os frutos sejam gerados e colhidos, desvendando a todos o verdadeiro sabor e sentido da vida: *do amor ao próximo, do compartilhamento, da compaixão, do ensinamento e aprendizado recíprocos, pilares estes indispensáveis ao alcance da felicidade.*

## **2. GARANTIDORES DE DIREITOS? QUEM SÃO?**

Em junho de 2014, o Sindicato dos Delegados de Polícia Civil do Estado de Minas Gerais (SINDEPOMINAS), lançou uma campanha de valorização dos delegados de polícia com a seguinte mensagem: "Delegado de Polícia Civil. O primeiro a garantir seus direitos".

A Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), em campanha lançada em 2017, trouxe a seguinte afirmativa: "*Garantir o seu direito é nosso maior feito*".

O Ministério Público Federal (MPF), em 2019, também lançou a campanha: "Conte com o Ministério Público Federal (MPF) na defesa dos direitos fundamentais".

A recente Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, trouxe a figura do "juiz das garantias", aperfeiçoando a legislação penal e processual penal (BRASIL, 2019).

Com efeito, antes mesmo do advento do Novo Código de Processo Civil já se defendia que o magistrado deveria ser visto como garantidor de direitos fundamentais (Revista Consultor Jurídico, 2014).

Afinal, quem são os verdadeiros garantidores de direitos? O juiz? O promotor de justiça? O defensor público? O delegado de polícia? O advogado? O professor? O conselheiro tutelar? O médico? O enfermeiro? O policial? A família? A igreja? O Estado? Todos?

Parece-me razoável considerar todos nós (all of us). Explico.

O cidadão além de direitos, possui também deveres. Os últimos devem ser exercidos com cooperação e solidariedade (MATTOS, 2017).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos traduz exatamente isso no seu artigo 1º: “Todos os serem humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação aos outros com espírito de fraternidade” (MATTOS, 2017, grifo nosso).

É cívico, puro, ético, moral e espiritual servir ao próximo. Assim, todos nós devemos ser considerados garantidores de direitos, muito mais do que meros personagens e representantes formais. A discussão travada no âmbito jurídico entre as diversas carreiras, com o escopo exclusivo de legitimar o poder, se revela pífia.

Por derradeiro, há que se destacar a evidente falência do modelo Estatal consagrado. O Poder Público não consegue sozinho mais atender as demandas da sociedade, nem garantir os direitos fundamentais sem a necessária intervenção e colaboração dos demais. Basta observarmos as precárias condições das unidades de saúde, de educação, de segurança pública, dentre outras pelo Brasil.

### **3. ILUSTRAÇÃO DO INUSITADO CASO DA BOLA DE FUTEBOL APROPRIADA POR VIZINHA NA CIDADE DE PRESIDENTE DUTRA NO MARANHÃO**

Exemplo bem emblemático a ser comentado e ilustrado, ocorreu recentemente em janeiro desse ano, no Município de Presidente Dutra, situado no Estado do Maranhão, em que um Delegado de Polícia Civil foi procurado por um grupo de cinco crianças que foram à Delegacia denunciar que uma vizinha teria se apropriado da bola de futebol, tendo a mesma ficado incomodada com a brincadeira existente na porta de sua residência (Jornal Uol Notícias, 2020).

Diante da situação inusitada, o Delegado e sua equipe decidiram então comprar uma bola nova para a garotada, a qual recomeçou a brincadeira no mesmo dia. A vizinha foi informada que se ficasse novamente com a bola dos garotos, seria

chamada à Delegacia. O conflito acabou sendo resolvido (Jornal G1 Notícias, 2020, grifo nosso).

O caso apesar da grande repercussão gerada, demonstra que o Delegado de Polícia agiu como um mero garantidor de direitos fundamentais. Como ficaria o direito ao esporte e ao lazer dessas crianças (art. 6º, caput, art. 7º, IV, art. 217, § 3º, e artigo 227, todos da CF/1988, e art. 1º, art. 4º, caput, art. 5º, e art. 71, todos do ECA)?

Note que a atuação da Autoridade Policial foi atípica e louvável, permitindo inclusive o respeito da condição peculiar das crianças como pessoas em desenvolvimento.

Será que o fato necessitaria da provocação de outros órgãos e instituições? Seria necessário que chegasse à Justiça? Evidentemente que não. A doação de uma nova bola de futebol foi simplesmente a solução. Medida essa célere, efetiva e desejada pelos garotos.

Para o titular da Delegacia, o fato de tantas crianças já terem perdido bolas para vizinhos em todo o Brasil fez com que as pessoas se sentissem ligadas à história de alguma forma. "Todo mundo, né"?", disse Ferro, que está na cidade há três anos e três meses. "Acho que deu essa repercussão justamente porque todo mundo se identificou", completou (Jornal Uol Notícias, 2020, grifos nosso).

Quem na infância nunca passou por situação ou algo parecido? E quantos de nós já sofremos e nos deparamos com diversas violações de direitos?

Pois bem, a garantia de direitos deve ser um ideal a ser buscado por todos órgãos e instituições públicas e privadas, além de contar com a participação e colaboração geral da sociedade civil.

Milton Nascimento já nos presenteava ao cantar:

***Bola de meia, bola de gude***

***O solidário não quer solidão***

***Toda vez que a tristeza me alcança***

***O menino me dá a mão*** (NASCIMENTO; BRANT, 1988, grifo nosso).

Também não poderia deixar de lembrar da irradiante alegria espalhada pelo grupo musical molejo:

***Brincadeira de criança***

***Como é bom, como é bom***

***Guardo ainda na lembrança***

***Como é bom, como é bom***

*Paz, amor e esperança*

*Como é bom, como é bom* (LUIZ; BASTOS, 2001, grifo nosso)

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conforme retratado, todos nós devemos ser considerados garantidores de direitos (*rights guarantors*), exercendo cada qual o seu dever cívico, moral, ético, participativo, politizado e solidário, permitindo que as transformações sociais verdadeiramente ocorram em prol de todos aqueles que necessitam ter acesso e salvaguardar os seus direitos estabelecidos em nosso ordenamento jurídico.

Não se pretende aqui incentivar a busca incessante do acesso a direitos e à Justiça a qualquer preço, mas simplesmente que instituições, órgãos, agentes e sociedade civil adotem posturas proativas, em busca do bem de todos, respeitando-se as prescrições constitucionais e legais, mas fazendo juízos de ponderações das situações concretas com a finalidade de tutelar as milhares de pessoas desse país que sofrem constantes violações dos seus direitos. Estes não devem ser considerados apenas formais e declaratórios, mas sim materializados.

A título ilustrativo, também gostaria de fazer menção de um caso marcante quando tive a honra de exercer o cargo de Delegado de Polícia Civil no Estado de Minas Gerais. Recordo-me como se fosse hoje. Vejamos:

*No final de expediente, recebi a comunicação da prisão em flagrante delito de um jovem, o qual foi encontrado pela Polícia Militar numa praça da cidade por guardar determinada quantidade de entorpecente no interior de uma mochila.*

*Ao interrogá-lo, pude perceber o fatídico histórico de vida relatado pelo mesmo, o qual havia perdido recentemente um ente querido, sua genitora, sendo esta a única família e referência do jovem. Segundo o conduzido, este estaria na cidade apenas em busca de emprego, porém, sem êxito até o momento. Ocorre que sem rumo e sentado nas escadas da praça central da cidade, acabou sendo surpreendido, abordado e aliciado por determinada pessoa, a qual se aproveitou da sua situação de fragilidade e lhe ofereceu dinheiro para que o mesmo matasse a insaciável fome, desde que ficasse durante um lapso de tempo de posse de tal*

*mochila, não tendo sequer ciência do que se encontrava em seu interior, salientando ainda nunca ter sido preso ou sequer processado antes.*

*Os requisitos da prisão em flagrante delito restaram devidamente preenchidos, sendo o expediente homologado e encaminhado à Justiça. Todavia, diante da situação evidenciada, diligências foram prontamente determinadas e identificada a pessoa que teria aliciado o jovem, confirmando-se, portanto, toda a história narrada por ele.*

*De logo, decidi então expedir ofício à Defensoria Pública da Comarca, informando o caso e solicitando apoio do órgão para a devida assistência jurídica, integral e gratuita em favor do jovem. Por fim, no relatório de conclusão do Inquérito Policial, forneci todas as considerações necessárias, no sentido de potencializar a prevalência do direito fundamental de liberdade.*

*Após alguns dias, recebi a comunicação do Defensor Público da Comarca, agradecendo pelo encaminhamento do referido caso e informando que o jovem já se encontrava inclusive em liberdade. Segundo o Defensor, talvez esse jovem permanecesse ergastulado por vários meses até que a prisão ou o processo chegasse ao conhecimento da Defensoria. Ademais, o jovem já não possuía sequer família, ou seja, ficaria conseqüentemente esquecido e invisível pelo Estado, situação essa semelhante ao de milhares de pessoas encarceradas em nosso Brasil.*

Pequenos gestos, atitudes e providências realizadas por cada um de nós, podem fazer a diferença na vida de muitas pessoas. Como não ressaltar aqui a admirável atitude do colega e amigo Defensor Público do Estado do Maranhão Renan Reis, o qual dispensou todas as formas protocolares de tratamento, permitindo inclusive um maior 'acesso' dos próprios assistidos.

*"O nome do Defensor Público é Renan. Não é Doutor. Não é Excelência. Não é Senhor. É, simplesmente, Renan" (Jornal G1 Notícias, 2016, grifo nosso).*

As indagações e reflexões propostas não visam aqui esgotar a temática e nem mesmo provocar discussões desconstrutivas e reprováveis, mas sim chamar a atenção do nosso compromisso e nossa responsabilidade individual e social.

*"Quem oferta ajuda e apoio sem esperar qualquer recompensa, honra de forma digna o seu semelhante. Sejamos então todos nós, em especial, garantidores de direitos. Não sejamos meros atores".*

## **REFERÊNCIAS**

ANADEP. [S.I.] 2017. Disponível em: <[https://www.anadep.org.br/wtksite/grm/envio/2334/ANADEP\\_BALANCO\\_CAMPA\\_NHA\\_1.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/grm/envio/2334/ANADEP_BALANCO_CAMPA_NHA_1.pdf)>. Acesso em: 20 de jan. 2020.

A BÍBLIA. *Jesus lava os pés aos discípulos*. Tradução de João Ferreira Almeida. Rio de Janeiro: King Cross Publicações, 2008.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 29. ed., São Paulo: Rideel, 2019.

JORNAL G1 Notícias. Disponível em: <http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2016/03/defensor-publico-do-ma-dispensa-nomenclatura-e-ganha-redes-sociais.html>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

JORNAL G1 Notícias. Disponível em: <https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2020/01/10/criancas-procuram-delegacia-apos-vizinha-tomar-bola-no-maranhao.ghtml>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

JORNAL Uol Notícias. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/01/10/no-ma-meninos-procuram-delegacia-para-reaver-bola-tomada-por-vizinha.htm?>>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

LUIZ, Délcio; BASTOS, Wagner. *Brincadeira de criança*. Álbum: Disco de Platina, 2001. Disponível em: <<http://caixadependoraplimlim.blogspot.com/2015/09/molejo-brincadeira-de-crianca-cifra.html>>. Acesso em 20 de jan. 2020.

MATTOS, Alessandro Nicoli de. *Quais são os direitos e deveres do cidadão?* [S.I.] 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/direitos-e-deveres-cidadao/>>. Acesso em: 20 de jan. 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34 ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

MPF. [S.I.] 2019. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-lanca-campanha-para-reforçar-atuação-na-defesa-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 20 de jan. 2020.

NASCIMENTO, Milton; BRANT, Fernando. *Bola de meia, bola de gude*. Álbum: Miltons, 1988. Disponível em: <<https://analisedeletras.com.br/milton-nascimento/bola-de-meia-bola-de-gude/>>. Acesso em 20 de jan. 2020.

*REVISTA Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-03/juiz-visto-garantidor-direitos-fundamentais-nada>>. Acesso em: 20 de jan. 2020.

*SINDEPOMINAS*. [S.I.] 2014. Disponível em: <<http://www.sindepominas.com.br/na-imprensa-hoje/campanha-de-valorizacao-dos-delegados-de-policia-em-outdoors-e-paineis-digitais>>. Acesso em: 20 de jan. 2020.



## **A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: ANÁLISE SOB A LEI MARIA DA PENHA**

**KEILA ABADIA DOS REIS PETROCEFSKY:**

Bacharelanda do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – (Univille), Campus São Bento do Sul/SC.

**Débora Cristina Peyrerl<sup>[1]</sup>**

**(Orientadora)**

**Resumo:** Esta pesquisa tem por objetivo analisar o princípio da dignidade humana com relação às vítimas de violência doméstica pela ótica da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha. Primeiramente abordar-se-á violência doméstica contra a mulher como um fenômeno múltiplo, complexo que tem destacado importantes discussões teóricas filosóficas e questionamentos ético políticos. A seguir, discorrer-se-á como a Constituição protege o ser humano e a dignidade que lhe é inerente, com a efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, para o tema, necessário verificar o principal instrumento legal de proteção, a Lei Maria da Penha que é uma importante ferramenta no combate às agressões contra a mulher. Tal instrumento se baseia na adoção de um conjunto de medidas legais e de políticas públicas que tem o objetivo de coibir e reprimir toda e qualquer forma de discriminação violência domestica contra as mulheres e após, analisar-se-á sua efetividade.

**Palavras-chave:** *Direitos Humanos. Vítimas. Violência Doméstica.*

**Abstract:** This research aims to analyze the principle of human dignity in relation to victims of domestic violence by the Maria da Penha Law. Firstly, domestic violence against women will be approached as a multiple and complex phenomenon that has highlighted important philosophical theoretical discussions and political ethical questions. Next, we will discuss how the Constitution protects the human being and the inherent dignity, with the realization of fundamental rights. Still, for the theme, it is necessary to verify the main legal instrument of protection, the Maria da Penha Law, which is an important tool in the fight against aggression against women. This instrument is based on the adoption of a set of legal and public policy measures, which aims to curb and suppress any and all forms of discrimination, and then its effectiveness will be analyzed.

**Keywords:** *Human right. Human Rights. Victims. Domestic Violence.*

## INTRODUÇÃO

A título de esclarecimento é importante definir que o presente trabalho tem como objetivo geral analisar, criticamente, o processo de violência doméstica, a doutrina, a Lei Maria da Penha e comparar com o princípio da dignidade humana no que se refere à efetivação da Lei e da proteção dos direitos humanos das vítimas de violência doméstica. Institucionalmente o objetivo é elaborar um trabalho para a disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso, para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas, pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, *Campus* São Bento do Sul Santa Catarina.

O presente trabalho possui oito tópicos, no primeiro abordar-se-á à violência contra a mulher, no segundo os números da violência doméstica, no terceiro abordará o princípio da dignidade da pessoa humana, no quarto a Lei Maria da Penha, no quinto a assistência à mulher prevista na Lei Maria da Penha, no sexto a eficácia da Lei Maria da Penha e a dignidade da pessoa humana, no sétimo o procedimento metodológico e no oitavo as considerações finais.

Com o propósito de discorrer sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, nas causas da violência doméstica e análise do que já existe de proteção na legislação sobre a proteção da mulher, a fim de assegurar os direitos humanos das vítimas, para que lhes sejam assegurados os direitos a reparação do dano causado seja esse psicológico, patrimonial, físico e moral, o direito de receber uma assistência adequada, para que consigam retomar uma vida normal em sociedade, bem como o acompanhamento psicológico através de grupos de apoio e equipes multidisciplinares.

### **A VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NO BRASIL**

Inicialmente, no Brasil a violência contra mulher vem aumentando segundo relatos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, (IPEA). Nas palavras de Oliveira (2013), no Brasil desde a década de 1960 movimentos feministas já utilizavam estratégias para garantir os direitos à vida, a liberdade, a segurança, a informação, a privacidade e saúde.

Na mesma linha de pensamento, Gomes, Oliveira e Saffioti, (2001) afirma que a violência contra a mulher consiste em todo ato de violência de gênero que possa resultar em quaisquer danos físicos, como tapa, empurrão, chacoalhão, soco, chutes ou surras, estrangulamento ou uso de ameaça de arma de fogo, ou branca; sexual: relação sexual forçada, relação sexual por coação ou medo, e prática sexual degradante ou humilhante forçada, ou violência psicológica: insulto humilhação, intimidação ou ameaça.

Numa cultura machista o homem tem papel de dominação e autoridade sobre as mulheres, enquanto a mulher é vista como o sexo frágil e responsável pelos afazeres domésticos como cuidar dos filhos, do lar, e a ser submissa aos desejos do homem.

Seguindo na mesma corrente, Leôncio (2008) enfatiza que as agressões domésticas abrangem a violência psicológica e são caracterizadas por pressão moral e psicológica. A violência doméstica e sexual atinge mulheres de todas as classes sociais, raças e culturas, ao afetar assim, o bem-estar, a segurança, o desenvolvimento pessoal, profissional e, acima de tudo, a autoestima das mulheres, tornando-as frágeis e inseguras. Os motivos que levam a prática da violência são vários, desde o uso de drogas, a raiva, ignorância, demonstração de extremo poder e, principalmente a ingestão de bebidas alcoólicas.

Neste diapasão, os homens que praticam violência contra suas parceiras têm uma história pregressa de haver vivenciado ou até mesmo sofrido algum tipo de violência da parte de seus pais, as quais podem interferir na sua idealização como homem. Estes acontecimentos tendem levá-los a reproduzir tais atos na sociedade e, principalmente no âmbito familiar (GOMES, 2007).

É certo ressaltar que durante alguns anos o conceito de violência restringia-se apenas a integridade corporal, para qualquer pessoa maltratada atualmente, foram acrescentados os sofrimentos morais e psicológicos, devido a isso toda mulher vítima de violência doméstica pode exigir danos morais de seus amores passados, em 11/04/2019 entrou em vigor uma inovação na Lei Maria da Penha uma norma que diz que os tratamentos com as vítimas serão custeados pelos agressores.

Entretanto, os maus tratos abrangem tudo o que uma pessoa faz e ou concorre para o sofrimento e a alienação de outra. Sendo que na atual legislação brasileira, novos instrumentos foram criados para protegerem, especificamente a figura da mulher, na intenção de coibir uma das mais antigas formas de violência, aquela desferida às pessoas do sexo feminino (OLIVEIRA *et al.*, 2017, p. 276).

Diante do exposto, verifica-se que a violência contra a mulher permanece como a mais cruel e evidente manifestação da desigualdade de gênero no Brasil, a sociedade, cada vez mais entregue a hipocrisia política e populista daqueles que estimulam a violência como resposta pública ao medo e ao crime, ignora que não há lugar seguro para as mulheres no país.

Uma vez que, não há separação entre espaço público e privado para elas a morte está à espreita dentro das casas, no transporte público, nas ruas e nos espaços de educação e lazer. A violência compõe um cotidiano perverso sustentado por relações sociais profundamente machistas.

Inclusive, essa dura realidade é sentida por milhões de mulheres em todo mundo e no Brasil não é diferente, os números da violência não param.

## **NÚMEROS DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL**

A taxa de mortalidade no período 2001 a 2006 era 5,28 por 100 mil mulheres depois da Lei Maria da Penha, de 2007 a 2011 ficaram 5,22, diz o estudo. Conforme o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) houve apenas um sutil decréscimo da taxa no ano 2007, imediatamente após a vigência da lei, mas depois a taxa voltou a crescer. O instituto estima que teriam ocorrido no país 5,82 óbitos para cada 100 mil mulheres entre 2009 e 2011. Em média ocorrem 5.664 mortes de mulheres por causas violentas a cada ano, 472 a cada mês, 15,52 a cada dia, ou uma a cada hora e meia, diz o estudo.

Taxas de feminicídios por 100 mil mulheres, entre 2009 e 2011  
O feminicídio é o homicídio da mulher por um conflito de gênero, ou seja, por ser mulher. Os crimes são geralmente praticados por homens, principalmente parceiros ou ex-parceiros, em situações de abuso familiar, faz ameaças ou faz intimidação, violência sexual, ou situações nas quais a mulher tem menos poder ou menos recursos do que o homem.

Perfil das vítimas, segundo o estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), mulheres jovens foram as principais vítimas 31% na faixa etária de 20 a 29 anos e 23% de 30 a 39 anos. Mais da metade dos óbitos (54%) foi de mulheres de 20 a 39 anos, e a maioria (31%) ocorreu em via pública, contra 29% em domicílio e 25% em hospital ou outro estabelecimento de saúde (...) (D'AGOSTINO, WEB).

Deste modo, como há de verificar, a partir disso, a violência contra as mulheres é uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana. O Princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundantes da Constituição Federal de 1988 dentre outros tão importantes quanto.

## **O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

De acordo com entendimento de Reale (1986), princípio é por definição mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhe espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão dos seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 748).

Certamente o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio moral e jurídico primal para definir os direitos fundamentais, afinal, é deste princípio que se desdobram todos os outros direitos fundamentais.

A dignidade humana é essencial para a subsistência do homem, pois ela faz serem possíveis diversas dimensões de direitos. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida (SILVA, 2000, p. 109).

(...) é um conceito amplo e complexo, é um conjunto de condições sociais, econômicas, culturais e políticas. Cada pessoa pode exercer seus direitos com liberdade e esclarecimento consciente quando se encontra inserida no conjunto dessas condições, em um ambiente favorável, onde se respeitem e se efetivem os direitos de todos. A historicidade entra como peça fundamental para definição do conceito de dignidade, pois faz entender a peculiaridade de cada cultura em seu tempo e espaço específicos e no que isso influencia na definição do conceito. (BONAVIDES; MIRANDA e AGRA, 2009, p. 21)

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade (KANT, 2003, p. 58).

Nessa mesma linha de pensamento segue de acordo Gomes (2007) a dignidade da pessoa humana exige incondicionalmente o respeito pelos seus direitos, nesta perspectiva, vem salvaguardado o direito inviolável à vida, compreende-se desde o período embrionário até a morte, e, por isso, o posicionamento contrário a qualquer conduta que coloque em risco a vida humana, devendo o Estado dispor de todos os mecanismos possíveis para proteger toda forma de vida, assegurando a sua dignidade.

Com tudo, a análise sobre a violência contra a mulher não pode deixar de permear as nuances da grave violação a dignidade humana. A dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento da República Federativa do Brasil, o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana.

Conforme Nunes (2002) é a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete.

A experiência histórica levou as nações, de modo geral, a desenvolver e valorizar o princípio da dignidade humana. Levando em conta todas as violações sofridas durante a história, ele surge como uma forma de luta e combate a elas, através das medidas de proteção estabelecidas em lei.

A dignidade nasce como o ser humano. O indivíduo é digno porque é humano. Vale ressaltar que a vivência na sociedade faz o indivíduo ganhar mais direitos a dignidade, uma gama de aspectos da vida humana social passa ser protegida por esse direito. (NUNES, 2002, p. 49).

O indivíduo nasce cresce e morre, devido a esse princípio da dignidade da pessoa humana pode ser discriminada, conforme a Constituição Federal de 1988, todos são iguais perante a lei.

É inegável, que toda pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser. Não admite discriminação, quer em razão do nascimento, da raça, inteligência, saúde mental, ou crença religiosa. (NUNES, 2002 p. 49-50).



A dignidade humana encontra limite na dignidade do outro. A qualidade social que se atribui a dignidade exige que não haja ferimentos nem a um nem ao outro, sob pena de se perder o real sentido do bem estar social, de uma concepção do Estado Democrático de Direito.

Nesse diapasão, o princípio da dignidade da pessoa humana é plenamente aplicável ao caso de proteção a integridade física, moral, psicológico da mulher. Trata-se de uma norma princípio capaz de fundamentar a inibição da prática de atos de violência ao sexo feminino. Segundo estudos internacionais a Lei Maria da Penha é uma das melhores ferramentas contra a violência doméstica. Quando aplicada realmente resolve os casos de violência, porém quando aplicado em partes acaba gerando feminicídio.

## **A LEI MARIA DA PENHA**

Com o objetivo de erradicar a violência e punir os agressores, promover a assistência e proteger às mulheres, entra em vigor a Lei Maria da Penha em 07 de agosto de 2006. No artigo 3º da Lei cita garantias a toda mulher, como por exemplo: direito à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

A realidade conduz a acreditar que a nova legislação oferece o reconhecimento da violência contra as mulheres, identifica o problema social, e tecerá providências para o combate por meio de políticas públicas na intenção de colocar a mulher no centro do debate.

A Lei Maria da Penha recebeu este nome em homenagem à cearense Maria da Penha Maia Fernandes. Foi a história desta Maria que mudou as leis de proteção às mulheres em todo o país. A biofarmacêutica foi agredida pelo marido durante seis anos.

Em 1983 ele tenta assassiná-la duas vezes: na primeira, com um tiro, quando ela fica paraplégica; e na segunda, por eletrocussão e afogamento. Somente depois de ficar presa à cadeira de rodas, ela foi lutar por seus direitos.

Então lutou por 19 anos e meio até que o país tivesse uma lei que protegesse as mulheres contra as agressões domésticas. Maria da Penha é símbolo nacional da luta das mulheres contra a opressão e a violência. A lei alterou o Código Penal no sentido de permitir que os agressores sejam presos em flagrante ou tenham a prisão preventiva decretada.



Antes disso, mulheres vítimas desse tipo de violência deixavam de prestar queixa contra os companheiros porque sabiam que a punição seria leve, porque era aplicada a Lei 9.099/95, como o pagamento de cestas básicas. A pena, que antes era de no máximo um ano, passou para três. Contudo, o propósito da legislação não é prender homens, mas proteger mulheres e filhos das agressões domésticas.

Entre as medidas protetivas à mulher estão: proibição de determinadas condutas, suspensão ou restrição do porte de armas, restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, pedidos de afastamento do lar, prisão do agressor, etc.

### **A ASSISTÊNCIA À MULHER PREVISTA NA LEI MARIA DA PENHA**

Oportuno se torna dizer que de acordo com, Nucci (2009) a Lei Maria da Penha estabelece um rol de medidas a serem tomadas pelos agentes responsáveis pela proteção e pelo julgamento dos atos envolvendo a violência doméstica e familiar, a fim de assegurar às vítimas o direito de uma vida livre da violência, praticada por quem deveria proteger.

Na Lei Maria da Penha são encontrados em diversos dos seus dispositivos medidas voltadas a proteção da vítima. O que é perceptível é que a incumbência de coibir o agressor e garantir a segurança patrimonial da vítima da violência doméstica e familiar está a cargo da polícia, do juiz e do Ministério Público, devendo estes agir de modo imediato e eficiente.

Com fito na obediência ao mandamento constitucional ao Ministério Público quanto à defesa do regime democrática, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e de toda a ordem jurídica a Lei Maria da Penha previu em seu texto a participação efetiva deste órgão das mais diversas formas.

A ação ministerial se funda nos mesmos motivos de vivência da Lei Maria da Penha, que são o Estado Democrático de Direito, os Direitos Humanos e os Direitos e Garantias Fundamentais, tendo a Lei específica buscada justificar a sua existência no sistema jurídico brasileiro (SANTANA, 2010, p. 107).

A Lei Maria da Penha contém um grande número de mandamentos legais, como abaixo será descrito, que abordam a questão das políticas públicas, direcionados aos mais diversos agentes colaboradores da luta pela erradicação da violência doméstica, dos quais também faz parte o Ministério Público.

Assim age o Ministério Público à aplicação da Lei, integrando-se operacionalmente com o Poder Judiciário, a Defensoria Pública e as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação (artigo 8º, inciso I, da Lei Maria da Penha).

Também pode celebrar convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 8, inciso VI, Lei Maria da Penha).

É necessário ter uma integração operacional a ausência desse pensamento uno a integração entre os órgãos é o maior responsável pelo fracasso do combate à criminalidade. A cisão entre os diversos seguimentos da segurança pública, entre Poder Judiciário e Ministério Público, é causa determinante para impedir a eficácia do serviço público que prestam. A Lei Maria da Penha objetivou, através da imposição de comunhão, fazer com que os agentes governamentais e não governamentais se apoiassem em prol do combate à violência (CUNHA e PINTO 2008, p. 68-69).

A previsão legal das medidas de proteção da Lei Maria da Penha, estão elencadas em seu artigo 22 e são:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §

§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973

A primeira atitude a ser tomada pela autoridade policial após a denúncia é a suspensão da posse ou restrição do porte de armas do agressor, com o fim de evitar uma tragédia ainda maior, com comunicação ao órgão competente nos termos da Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003 (DIAS, 2007, p. 78).

Essa é uma medida muito importante para a proteção das mulheres, porque muitas vezes o agressor tenta intimidar ainda mais estando armado, muitos atiram

no carro da esposa, conforme casos verídicos já acontecidos, para impedir de sair e intimidar.

Quando as medidas de urgência previstas na lei não forem cumpridas pelo agressor, ao ter conhecimento do juiz, este deve requisitar a força policial, com a finalidade de sanar a ocorrência.

O artigo 23 da Lei Maria da Penha, preocupou-se com a proteção das vítimas, trazendo medidas protetivas de urgência.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

As medidas de proteção às vítimas da violência doméstica e familiar podem ser determinadas pelo juiz competente, ou ainda pela autoridade policial, ressaltando que o Ministério Público também tem esse dever, por se tratar de um serviço público de segurança, mesmo que administrativamente (DIAS, 2007, p. 83).

Obviamente, não se pode restringir a medida de separação de corpos aos casos de cometimento de crimes, e de fato isso se justifica porque em muitos casos ocorre a violência moral que não deixa de ser uma forma de violência e um ato que deve ser repudiado pelos aplicadores da lei protetiva do gênero feminino. Além do mais não cabe ao intérprete da lei dar interpretação restritiva do previsto na norma protetiva. (BITTENCOURT, 2016, p. 110)

É possível ainda a decretação da prisão preventiva do agressor, que podem ser de duas ordens. Uma é a previsão do artigo 20 da Lei Maria da Penha e a outra do artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal. A primeira prisão está voltada para a garantia processual ou a própria sociedade, enquanto a segunda disposição de prisão está relacionada com a efetivação das medidas protetivas.

Sendo a primeira espécie de prisão preventiva necessária para garantir a proteção do meio social (BITTENCOURT e CANO, 2016, p. 136).

Dessa forma, resta claro que a prisão preventiva, decretada para a garantia da ordem pública, não visa apenas acautelar o processo, mas sim o próprio meio social, sendo certo que, a partir dessas considerações, é possível se chegar à clara conclusão de que é plenamente válida a cautelar razão da premente necessidade de se assegurar credibilidade da população nas instituições diretamente envolvidas nas atividades de segurança e na repressão da criminalidade.

Apesar de existir previsão expressa no Código de Processo Penal no artigo 313, inciso III, da prisão preventiva com a finalidade de garantir a efetividade das medidas protetivas, a Lei Maria da Penha em seu artigo 42 prevê a prisão para assegurar a execução das medidas, acrescentando o inciso IV ao artigo 313. O referido dispositivo foi revogado pela Lei nº 12.403/11, a fim de ampliar a proteção não somente à mulher mais a outros vulneráveis como idosos, crianças, enfermos e pessoas com deficiência que venham sofrer violência doméstica.

A Lei Maria da Penha também prevê, em seu artigo 24, a concessão de medidas protetivas na esfera patrimonial, uma vez que a violência também contra a mulher pode acontecer nessa seara:

Artigo 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo.

Neste raciocínio porque existem coisas que, durante a tensa, ou seja, a situação de conflito pode surgir e, sobre eles, a mulher também há de ter direito, podendo inclusive pedir a restituição ou emissão na posse. A descoberta de um tesouro, por exemplo, em que o marido se negue a reconhecer o direito da mulher, pode ser alvo desta medida, pois assim como o conceito de bens é ampliado, também o é o comportamento de subtrair, englobando outros verbos, como é o caso de desviar, apropriar-se ou não colacionar.

Já à proibição temporária de comprar, vender ou alugar propriedade comum prevista no inciso II se pode perceber que o legislador disse menos do que deveria dizer, uma vez que não faz sentido munir o juiz de exigir a legitimação por ordem judicial em alienações ou outras disposições onerosas dos bens comuns, deixando a livre arbítrio do agressor a alienação de forma gratuita causando prejuízos à mais ofendida. Ora se a lei veda de forma onerosa, pode muito bem ele dispor dos bens dolosamente para prejudicar à vítima da violência.

Segundo Dias (2007), o inciso III do artigo 24 da Lei Maria da Pena é uma medida de extrema importância por se tratar de mandato outorgado por parte da vítima ao agressor. A outorga de poderes se faz à uma pessoa de extrema confiança que irá exercer em seu nome fielmente e nos seus interesses aqueles poderes, o que não é o caso do esposo naquele momento. Nesse caso a decretação pelo magistrado da suspensão de procurações pode evitar prejuízos inimagináveis à vítima, o que muito bem louvável esse medida protetiva prevista pela Lei.

Conseqüentemente, a medida prevista no inciso IV do artigo 24 garante a satisfação de um direito que venha a ser reconhecido em demanda judicial a ser proposta pela vítima, determinando o depósito judicial de bens e valores. Essas medidas podem ser formuladas perante a autoridade policial, uma vez que são meramente extrapenais (DIAS, 2007, p. 91).

Em suma, a Lei Maria da Pena reconhece a obrigação do Estado em garantir a segurança das mulheres nos espaços públicos e privado ao definir as linhas de uma política de prevenção e atenção no enfrentamento da violência doméstica ou familiar baseada no gênero, rompendo com a lógica da hierarquia de poder dentro de uma sociedade machista e dotando as mulheres de maior cidadania e conscientização dos reconhecidos recursos para agir e se posicionar, no âmbito doméstico, familiar e social, a fim de garantir sua emancipação e autonomia.

Busca não somente da emancipação e autonomia das mulheres deve a Lei Maria Pena servir como base e pilar para se atingir o direito fundamental a vida digna, uma vez que protegendo tal princípio se cumpre também o postulado da

igualdade expressamente previsto em nossa ordem constitucional e que obrigado o Estado em garantir e efetivamente buscar tal finalidade.

## **MUDANÇAS NA LEI MARIA DA PENHA EM 2019**

Introduziu-se na Lei Maria da Penha o artigo 12-C, nos seguintes termos:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I – pela autoridade judicial;

II – pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III – pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º. Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º. Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso. Urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

De acordo com Nucci (2019) a Lei 13.827/2019, entretanto, ultrapassou essa barreira e foi adiante admitiu que, verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar (ou de dependentes), o agressor poderá ser afastado imediatamente do lar, domicílio ou lugar de convivência (podendo ser um simples barraco embaixo de uma ponte) com a ofendida. (a) pelo juiz (nenhuma polêmica); (b) pelo delegado de polícia, quando o município não for sede de comarca, vale dizer, quando não houver juiz à disposição; (c) pelo policial (civil ou militar), quando não houver juiz nem tampouco delegado disponível no momento da denúncia (entenda-se como fato ocorrido contra a mulher).



## **A EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Neste sentido Haberle (2009) assevera que a dignidade humana constitui a norma fundamental do Estado. Assim, uma constituição que se compromete com a dignidade humana lança os contornos da sua compreensão do Estado e do Direito e estabelece uma premissa antropológico-cultural.

Nesse diapasão, respeito e proteção da dignidade humana como dever jurídico fundamental do Estado constitucional constitui a premissa para todas as questões jurídico-dogmáticas particulares. Quanto à ordem jurídica constitucional brasileira, a Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana à condição de princípio estruturante de todo ordenamento jurídico. A importância dada a este princípio impõe compreendê-lo enquanto cláusula geral voltada à efetivação dos direitos fundamentais, capaz de nortear a unidade material da Constituição Federal de 1988.

É dever do Estado a garantia da dignidade da pessoa humana como uma qualidade inata a todo ser humano, não considerando o que cada um entenda por digno e, na verdade, no que é digno para o ser humano de modo geral.

A dignidade como valor fundamental reconhece e protege os direitos fundamentais. Consequentemente, negar eficácia e o reconhecimento dos direitos fundamentais às pessoas, é o mesmo que lhes negar a dignidade. É indissociável a vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais já constitui, por certa, um dos postulados, nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo (SARLET, 2010, p. 26).

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana deve sim possuir aplicabilidade e ser dotado de toda eficácia para coibir a edição de normas e regras que violem os direitos da mulher. Para isso é preciso que ele sirva de parâmetro para conduzir medidas que não tenham apenas caráter punitivo, mas sim coercitivo com o fim derradeiro de melhorar a essência humana, proteger as mulheres como elas são e garantir-lhes uma vida digna. A previsão legal de que homens e mulheres são iguais perante a Lei esta previstos na Constituição Federal de 1988.

O princípio da isonomia é o que assegura a igualdade das partes, e advém da garantia constitucional, é o tratamento igualitário a todos os cidadãos perante a lei.

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 menciona que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a Inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: leis voltadas a parcelas da população mercedoras de especial proteção procuram igualar quem é desigual, o que nem de longe infringe o princípio isonômico (DIAS, 2007, p. 55).

Posto isso, o princípio da isonomia vem proteger na medida exata as mulheres que sofrem qualquer espécie de violência familiar, apagando um passado no qual a mulher era discriminada e não tinha qualquer ajuda especial da justiça. Já, no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, ele vem elencado no título relativo aos princípios fundamentais do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988:

Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Para dar vida a tal princípio, é de extrema importância que entendam se o que significa dignidade. Ela exprime-se em grandeza moral, honra caráter, entre outros. Também podem caracterizá-la como o cumprimento de deveres e obrigações como também o respeito ao próximo.

A dignidade da pessoa humana é o direito de todo ser humano em ser respeitado como pessoa que é, não ser prejudicado em sua existência vida, corpo e saúde e usufruir de um âmbito existencial próprio. (LARENZ, 1978, p. 46).

Do mesmo modo, é exatamente para pôr em prática o princípio constitucional da igualdade substancial, que se impõe que sejam tratados desigualmente os desiguais (BELLOQUE, 2006).

Neste mesmo sentido, para as diferenciações normativas serem consideradas não discriminatórias, é indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável (MORAIS, 2007).

A violência doméstica deve ser entendida como crime. Ainda que seja um crime complexo, pois acontece dentro de um suposto lar, onde todos deveriam encontrar segurança, ela deve ser enfrentada e combatida. As mulheres são as vítimas em potencial, muito embora crianças, adolescentes e idosos também possam sofrer com esse tipo de violência.

A violência doméstica é definida como qualquer tipo de abuso físico, sexual ou emocional perpetrado por um parceiro contra o outro, em um relacionamento íntimo passado ou atual. Em um sentido mais amplo, a violência doméstica refere-se também ao abuso de crianças e de idosos no ambiente doméstico (ZILBERMAN e BLUME, 2005, p. 552).

Com a promulgação da Lei Maria da Penha, foram modificados o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei de Execução Penal, acabando com as chamadas penas pecuniárias, como o pagamento de multas ou doação de cestas básicas, que é a pena a qual se submetiam os agressores domésticos anteriormente. Especificou, definiu a violência doméstica e familiar contra a mulher e estabeleceu as formas de violência doméstica, contra ela como, física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Dessa forma, então, a agressão à mulher deve ser encarada como uma violação dos direitos humanos, sendo assim, uma sociedade que não cria mecanismos de proteção, defesa e repressão dessa violação se põe conivente com essa atrocidade, ferindo seus próprios princípios constitucionais.

A Lei Maria da Penha é um avanço significativo no que melhora as medidas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher, sendo este, um instrumento que visa coibir as agressões.

Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades (GOMES, 2007).

Esta passagem diz praticamente tudo no tocante à possível agressão aos princípios isonômicos constitucionais.

Por mais que a mulher possua equidade em comparação aos homens, elas nunca serão completamente capazes enquanto existir homens que abusem de sua força e de sua posição perante as mulheres, pois desse modo sempre haverá a necessidade de o estado intervir.

Toda discussão a respeito de inconstitucionalidade de norma envolve uma discussão na qual se corre o risco de se privilegiar a teoria em detrimento da realidade fática.

Segundo Reis (2018, web):

A Lei Maria da Penha completa 13 anos, mas desde a sua instituição, os índices de violência contra mulher seguem aumentando. Um comparativo entre os anos de 2016 e 2017, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), aponta que o número de casos aumentou em 12%. Eles saltaram de 402.695 para 452.988 nos tribunais estaduais de justiça de todo o país.

Como visto acima, verifica-se que os dados, divulgados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em 2015, a Lei Maria da Penha ajudou a abaixar 10% da taxa de homicídios em desfavor às mulheres em seus lares.

Destarte, que ratifica ser a Lei Maria da Penha uma coisa boa e eficaz no combate a violência.

Certamente a Lei Maria da Penha é a base para os compromissos adquiridos pelo Brasil em resposta à Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (da Organização dos Estados Americanos, OEA) e à Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (da Organização das Nações Unidas, ONU).

Contudo, a Organização das Nações Unidas, reconhece a Lei Maria da Penha como uma das melhores legislações do mundo para combater a violência doméstica contra a mulher. Em resumo, o próprio § 2º do artigo 3º da Lei Maria da Penha preceitua que não cabe apenas ao poder público criar as condições necessárias para a mulher ter o direito de viver sem violência.

A união das mulheres é muito importante, porque em briga de marido e mulher se mete a colher sim. As mulheres tem que estar vigilantes umas das outras.

Sendo assim, é claro que o princípio da dignidade da pessoa humana está sendo respeitado sem qualquer exagero em defender e inibir ações de violência contra a mulher.

É um avanço muito significativo para as mulheres a Lei Maria da Penha é bem pensada essa indenização por danos morais, porque quando a mulher é vítima de violência doméstica, ela se sente muito envergonhada perante todos, e se

pergunta como pôde cair em tal situação? Se sente culpada, más ela não sabe que o agressor para atrai-la disfarçou muitíssimo bem que ela não percebeu que estava entrando numa cilada. Nada mais justo que esses avanços na Lei Maria da Penha. O Deputado Bozzella, foi o idealizador dessa inovação.

Oportuno se torna dizer que conforme análise da Lei Maria da Penha é uma das maneiras de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, desde que os Policiais e Ministério Público façam sua parte conjuntamente para que as mulheres possam viver dignamente livres da violência doméstica.

A Lei funciona em favor das mulheres não cabe à autoridade policial querer maquiar uma violência doméstica para beneficiar amigos ou conhecidos, a Lei deve ser aplicada.

## **PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS**

Neste trabalho foi empregado o método indutivo e a técnica de investigação foi à bibliográfica, descritiva e jurisprudencial, adotando como embasamento teórico, as leis, os estudos de vários autores que falam sobre o tema abordado, bem como artigos jurídicos produzidos sobre o tema.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em suma, o Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. O poder público e o poder judiciário, neste aspecto, são institutos essenciais para atender as necessidades sociais amplamente.

Basta uma correta interpretação desse dispositivo para se entender que é inaceitável qualquer forma de diferenciação, relacionada a garantias fundamentais, entre os sexos feminino e masculino sempre que tal diferenciação seja a causa de um desnível material entre o homem e a mulher, sendo aceitável somente quando a finalidade de tal ato seja diminuir os desníveis existentes entre os sexos para promover a dignidade a todos, na medida de suas desigualdades e necessidades especiais de cuidado.

Diante de tal entendimento construído neste trabalho, fica mais claro que o princípio da dignidade da pessoa humana está sendo respeitado em todos os momentos na aplicação da Lei Maria da Penha, ao defender e coibir ações de violência contra a mulher. E o que podem chamar de discriminações positivas, são aquelas onde necessárias equalizações por meio de medidas compensatórias buscam minimizar os efeitos de problemas históricos, consequências de um passado repleto de abuso e discriminação.

Dessa forma, é de pacífico entendimento que, a agressão à mulher deve ser encarada como uma afronta direta aos direitos humanos, por isso a criação de mecanismos de defesa e repreensão de tal conduta se tornam indispensáveis para o convívio social pacífico, afinal qualquer posicionamento contrário a este estaria ferindo diretamente os próprios princípios constitucionais.

Sem dúvida, a Lei Maria da Penha é um grande avanço no implemento de medidas públicas de enfrentamento à violência, especificamente contra a mulher, sendo o dispositivo legal, uma importante ferramenta no combate as agressões que a mulher possa vir a sofrer no ambiente doméstico e familiar.

Tal instrumento se baseia na adoção de um conjunto de medidas legais e de políticas públicas, que tem o objetivo de coibir e reprimir toda e qualquer forma de discriminação que limite a dignidade da pessoa humana.

Em síntese, um dos objetivos da Constituição Federal de 1988 é proteger o ser humano e sua dignidade que lhe é inerente, e que isso se dá com a efetivação dos direitos fundamentais, e sendo dever do Estado fazê-lo.

#### REFERÊNCIAS

BELLOQUE, Juliana. **Manual de capacitação multidisciplinar**: lei 11.340 de 7 de agosto de 2006: lei maria da penha. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/br000025.pdf>. Acesso em: 25 out. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2**: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. 19. ed. Saraiva. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. Portal da Legislação. **Código Penal**: Lei nº 2.848, de 7 De dezembro de 1940. 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: 26 out. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Sub-chefia de assuntos jurídicos. **Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019**: Alteração da Lei Maria da Penha. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm). Acesso em: 26 out. 2019.



BRASIL. Presidência da República. Sub-chefia de assuntos jurídicos. **Lei Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006:** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. Presidência da República. Sub-chefia de assuntos jurídicos. **Lei nº 13.871, de 17 de setembro de 2019:** Alteração da Lei Maria da Penha. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13871.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13871.htm). Acesso em: 26 out. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica:** Lei Maria da Penha (lei 11.340/2006), comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

D'AGOSTINO, Rosanne. **Lei Maria da Penha não reduziu morte de mulheres por violência, diz IPEA.** 2013. Disponível em: <https://abojeris.jusbrasil.com.br/noticias/100693951/lei-maria-da-penha-nao-reduziu-morte-de-mulheres-por-violencia-diz-ipea>. Acesso em: 06 out. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça:** a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo>. Acesso em: 25 out. 2019.

GOMES, Daniela Vasconcelos. O princípio da dignidade humana e a ponderação de princípios em conflitos bioéticos. **Revista de Direito Privado**, n. 29, p. 78-92, jan/mar 2007.

HABERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade:** ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009.

IPEA. **Instituto de Pesquisa econômica aplicada.** 2019. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/>. Acesso em: 25 out. 2019.



LARENZ, Karl. **Derecho Civil**: parte general. Madri: Editoriales de Derechos Reunidas, 1978.

LEÔNCIO, K. L et al. O perfil das mulheres vitimizadas e seus agressores. **Revista de Enfermagem UERJ**, v. 16, n. 3, p. 307-312, 2008.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru, SP: Édipo, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme. **Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo>. Acesso em: 08 out. 2019.

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

OLIVEIRA, F. S. et al. Violência doméstica e sexual contra a mulher: revisão integrativa. **Halos**, 33, v. 8, p. 275-284, 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

REIS, Andressa. Lei Maria da Penha: após 12 anos, violência contra mulher cresce. **Jornal Destak**, online, 2018. Disponível em: <https://www.destakjornal.com.br/brasil/detalhe/lei-maria-da-penha-apos-12-anos-violencia-contramulher-cresce-mais-de-10>. Acesso em: 26 out. 2019.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. **Cadernos Pagu**, v. 16, p. 115-136, 2001.

SANTANA, Gessinaldo de Aragão. Violência doméstica e atuação do Ministério Público. **Revista do Ministério Público Estadual do Pará**. Belém, ano V, v. 1, p. 103-115, dez. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

NOTA:

---

<sup>2</sup>Professora do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – (Univille), Campus São Bento do Sul/SC. E-mail: [deborapeyerl@brturbo.com.br](mailto:deborapeyerl@brturbo.com.br).

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELOS DANOS CAUSADOS A TERCEIROS POR NOTÁRIOS E REGISTRADORES NO EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES**

**CLAUDIA MACHADO DE ASSIS:**

Graduada pela Universidade Federal da Bahia. Especialização em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes.

**Resumo:** O presente artigo trata sobre a responsabilidade civil do Estado decorrente dos danos causados por notários e registradores a terceiros, quando no exercício de suas atividades delegadas. Visa abordar, em especial, as controvérsias que existiam tanto acerca da responsabilidade dos próprios notários e registradores, quanto à responsabilidade estatal e a evolução destas. Por fim, será feita uma análise, tendo em vista as decisões mais recentes, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, a qual tende a prevalecer nos Tribunais pátrios, e o impacto desta no âmago da sociedade.

**Palavras-chave:** "Direito Notarial e Registral"; "Responsabilidade civil"; "Natureza Jurídica"; "Delegação"; "Serviço Público"; "Responsabilidade Estatal"; "Extensão"; "Jurisprudência".

**Abstract:** This article deals with the civil liability of the State arising from the damage caused by notaries and registrars to third parties, when in the exercise of their delegated activities. state responsibility and their evolution. Finally, an analysis will be made in view of the most recent decisions, especially of the Supreme Federal Court, which tends to prevail in the national courts, and its impact on the core of society.

**Keywords:** "Notarial and Registry Law"; "Civil Responsibility"; "Legal Nature"; "Delegation"; "Public service"; "State Responsibility"; "Extension"; "Jurisprudence".

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil dos notários e tabeliães. Evolução do entendimento. 3. A Responsabilidade civil do Estado consubstanciada na Teoria do Risco Administrativo. 4. A Responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros por notários e registradores no exercício de suas atividades. 4. Conclusões. Referências.

### **1.Introdução**

A Constituição Federal de 1988, ao tratar no artigo 236 que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder

Público, transferiu em seu §1º ao legislador infraconstitucional a tarefa de disciplinar a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais e de seus prepostos.

O legislador infraconstitucional, no entanto, não foi uníssono na definição dessa responsabilidade. Por algum tempo entendeu que a responsabilidade seria objetiva e, só recentemente, após segunda alteração legislativa, foi definida a natureza jurídica dessa responsabilidade para subjetiva, sob a chancela dos tribunais pátrios.

Tal definição, no entanto, esbarrou no que se entendia, também, quanto à responsabilização do Estado pelos danos causados a terceiros pelos notários e registradores no exercício de suas atividades delegadas.

Nesse sentido, primeiramente, será abordada nessa obra a responsabilidade civil dos notários e registradores e a evolução, tanto da doutrina, quanto da jurisprudência para se chegar no entendimento atual, consolidado através de alteração legislativa.

Posteriormente, será descrita a responsabilidade do Estado diante da prestação de um serviço público.

E partindo desse trâmite, será abordada algumas características da responsabilidade civil estatal, pautada na Teoria do Risco Administrativo, bem como o comando constitucional que previu o modo como as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado seriam responsabilizadas pelos atos lesivos causados por seus agentes a terceiros, no exercício da atividade.

Por último, portanto, o enfoque central vai tratar da discussão e toda problemática que envolveu a definição da responsabilidade do Estado frente aos atos realizados por tabeliães e registradores quando do exercício da delegação do serviço público, partindo desde a concepção que entendia que estes eram responsabilizados objetivamente, para o entendimento atual chancelado pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, será analisado o julgamento proferido pelo STF e o desdobramento deste na atividade notarial e registral.

O presente trabalho, portanto, visa esclarecer alguns institutos que giram em torno da responsabilidade civil dos tabeliães, registradores e Estado, trazendo entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do assunto, que, ao que tudo indica, parece ter sido pacificado no âmbito do STF com a seguinte tese:

“O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa. O Estado possui responsabilidade civil direta, primária e objetiva pelos danos que notários e oficiais de registro, no exercício de serviço público por delegação, causem a terceiros.”

STF. Plenário. RE 842846/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 27/2/2019 (repercussão geral)

Diante do exposto, percebe-se que o presente trabalho traçará o caminho que levou o STF a tal entendimento, bem como analisará a referida conclusão dentro do contexto evolutivo atual.

## **2. Responsabilidade Civil dos Notários e Tabeliães. Evolução do entendimento.**

O ingresso na atividade notarial e registral depende da prévia realização de concurso público, nos termos do art. 236, §3º, da CF/88[1], sendo tais serviços regulamentados pela Lei nº 8.935/94, que disciplina em seu artigo 3º[2] ser o notário, ou tabelião, e o oficial de registro, ou registrador, profissionais do direito dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício de atividade notarial e de registro.

Assim, logo a princípio, pode-se depreender que os registros públicos e notariais são funções públicas, a quem a Constituição delegou, no art. 236, a execução a particulares, em que pese a titularidade do serviço pertencer ao Estado.

Ao dispor acerca dessa delegação, o legislador constituinte ainda disciplinou que os tabeliães e profissionais de registro se submeteriam à responsabilidade civil e criminal pelos seus atos, cabendo, contudo, ao legislador infraconstitucional esmiuçar a extensão dessas responsabilidades.

A Lei nº 8.935/94, ao ser editada, previa a responsabilidade civil objetiva dos notários e registradores, que poderiam se utilizar da ação regressiva no caso de dolo ou culpa dos prepostos nos atos por estes praticados. Em que pese ter ocorrido alteração desse dispositivo pela Lei nº 13.137/2015 ampliando as hipóteses de responsabilização, a natureza desta não deixou de ser objetiva.

Apenas com o advento da Lei nº 13.286/2016 houve alteração da redação do art. 22 da Lei nº 8.935/94[3] para esclarecer e por uma pá de cal na

jurisprudência e doutrina acerca da responsabilidade civil dos notários e registradores, a qual passou a ser, indubitavelmente, subjetiva.

Os defensores da responsabilidade objetiva o faziam com lastro no art. 37, §6º, da CF/88[4], que atribui a responsabilidade civil objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causam a terceiros, assegurado o direito de regresso no caso de dolo ou culpa desses, em atenção à teoria do risco administrativo.

No entanto, o STF entendeu por constitucional a alteração legislativa e, dentre os principais fundamentos pode-se destacar:

- o art. 236, §1º, da CF/88 é norma de eficácia limitada, tendo o constituinte outorgado ao legislador infraconstitucional a tarefa de definir qual seria a responsabilidade dos notários e registradores;

- não caberia ao STF fazer uma interpretação analógica e extensiva a fim de que fosse aplicada a mesma responsabilidade atribuída às pessoas jurídicas de direito privada prestadoras de serviço público;

- e, o fato de os notários e registradores responderem civilmente na qualidade de pessoas naturais delegatárias de serviço público, o que difere da situação preconizada no art. 37, §6º, da CF/88.

Cumprе assinalar, ademais, que a responsabilidade subjetiva já era prevista e sedimentada no âmbito de atuação dos tabeliões de protesto, vez que o art. 38, da Lei nº 9.492/97[5] é expрesso nesse sentido. Assim, não fazia o menor sentido atribuir a responsabilidade subjetiva aos tabeliões de protesto e dispor de modo diverso aos notários.

Atualmente, portanto, pode-se afirmar que a responsabilidade civil dos notários e registradores tem natureza subjetiva, por expressa previsão legal e entendimento pacificado em meio a jurisprudência do Supremo.

### **3. A Responsabilidade civil do Estado consubstanciada na Teoria do Risco Administrativo.**

A responsabilidade civil objetiva do Estado surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição de 1934 se mantendo até o advento da atual Carta Magna e se consolidando por meio desta, nos termos do art. 37, §6º, da CF/88 acima transcrito.

A responsabilização pelos danos causados surge com a violação de um dever jurídico, sendo o ato ilícito o seu precursor. Contudo, a obrigação de reparar



o dano também pode surgir da ocorrência, excepcional, de um ato lícito, principalmente se este fora realizado fora dos seus parâmetros ou por expressa disposição legal.

A responsabilidade civil do Estado é pautada na teoria do risco administrativo, que tem como corolário a repartição dos encargos sociais. Sobre o fundamento dessas teorias, cumpre transcrever explicação extraída do livro de Rafael Carvalho[6]:

“Em razão dos benefícios gerados à coletividade pelo desenvolvimento das atividades administrativas, os eventuais danos suportados por determinados indivíduos devem ser suportados, igualmente, pela coletividade. O ressarcimento dos prejuízos é efetivado pelo Estado com os recursos públicos, ou seja, oriundos das obrigações tributárias e não tributárias suportadas pelo cidadão. Dessa forma, a coletividade, que se beneficia com a atividade administrativa, tem o ônus de ressarcir aqueles que sofreram danos em razão dessa mesma atividade. Trata-se da adoção do princípio da repartição dos encargos sociais, vinculado ao princípio da igualdade (isonomia)”

Assim, partindo concepção de estar a responsabilidade civil estatal baseada na teoria do risco administrativo, para que o Estado seja responsável é necessária a presença dos seguintes pressupostos: fato administrativo consistente na conduta omissiva ou comissiva do Estado, o dano, e o nexo de causalidade entre a atuação estatal e a lesão sofrida pelo terceiro.

É importante mencionar que, segundo a teoria do risco administrativo, a responsabilidade do Estado pode ser afastado ou até mesmo diminuída, conforme o caso, caso seja demonstrado que houve culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro ou caso fortuito ou força maior. Contudo, esmiuçar tais caracteres não é o objeto do presente artigo, cujo foco é a responsabilidade do Estado face os serviços prestados por notários e registradores, a qual será analisada no tópico seguinte.

#### **4. A Responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros por notários e registradores no exercício de suas atividades.**

Até o advento da Lei nº 13.286/2016, que alterou a forma em que os notários e registradores são responsabilizados civilmente, o entendimento que reinava era de que a responsabilidade do Estado seria subsidiária, ou seja, este só seria responsabilizado caso restasse configurada a insolvência do delegatário.

Os argumentos defensores da responsabilidade subsidiária do Estado, o faziam sob o mesmo fundamento em que atribuíam a responsabilidade objetiva aos notários e registradores, ou seja, de que o serviço estatal prestado em nome do Estado por meio de delegação atraía a incidência do art. 37, §6º, da CF/88. Fora o fato de sustentarem que os delegatários desse serviço estatal já eram muito bem recompensados pelo exercício dessa função, e que poderiam, sem demasia onerosidade, assumir também as responsabilidades oriundas da mesma atividade.

Contudo, a virada legislativa mudou o cenário jurisprudencial em torno dessa celeuma. Após reconhecer a existência de repercussão geral no recurso extraordinário que versava sobre esta matéria, o STF entendeu, de uma vez, ser a responsabilidade civil do Estado objetiva. Veja-se:

**EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DANO MATERIAL. ATOS E OMISSÕES DANOSAS DE NOTÁRIOS E REGISTRADORES. TEMA 777. ATIVIDADE DELEGADA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO DELEGATÁRIO E DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE DANOS CAUSADOS A TERCEIROS POR TABELIÃES E OFICIAIS DE REGISTRO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. ART. 236, §1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO PELOS ATOS DE TABELIÃES E REGISTRADORES OFICIAIS QUE, NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, CAUSEM DANOS A TERCEIROS, ASSEGURADO O DIREITO DE REGRESSO CONTRA O RESPONSÁVEL NOS CASOS DE DOLO OU CULPA. POSSIBILIDADE. 1. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. Tabeliães e registradores oficiais são particulares em colaboração com o poder público que exercem suas atividades in nomine do Estado, com lastro em delegação prescrita expressamente no tecido constitucional (art. 236, CRFB/88). 2. Os tabeliães e registradores oficiais exercem função munida de fé pública, que destina-se a conferir autenticidade, publicidade, segurança e eficácia às declarações de vontade. 3. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público e os atos de seus agentes estão sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário, consoante expressa determinação constitucional (art. 236, CRFB/88). Por exercerem um feixe de competências estatais, os titulares de serventias extrajudiciais qualificam-se como agentes públicos. 4. O Estado responde, objetivamente, pelos**

atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa. Precedentes: RE 209.354 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJe de 16/4/1999; RE 518.894 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe de 22/9/2011; RE 551.156 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe de 10/3/2009; AI 846.317 AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 28/11/13 e RE 788.009 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 13/10/2014. 5. Os serviços notariais e de registro, mercê de exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público (art. 236, CF/88), não se submetem à disciplina que rege as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. É que esta alternativa interpretativa, além de inobservar a sistemática da aplicabilidade das normas constitucionais, contraria a literalidade do texto da Carta da República, conforme a dicção do art. 37, § 6º, que se refere a “pessoas jurídicas” prestadoras de serviços públicos, ao passo que notários e tabeliães respondem civilmente enquanto pessoas naturais delegatárias de serviço público, consoante disposto no art. 22 da Lei nº 8.935/94. 6. A própria constituição determina que “lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário” (art. 236, CRFB/88), não competindo a esta Corte realizar uma interpretação analógica e extensiva, a fim de equiparar o regime jurídico da responsabilidade civil de notários e registradores oficiais ao das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (art. 37, § 6º, CRFB/88). 7. A responsabilização objetiva depende de expressa previsão normativa e não admite interpretação extensiva ou ampliativa, posto regra excepcional, impassível de presunção. 8. A Lei 8.935/94 regulamenta o art. 236 da Constituição Federal e fixa o estatuto dos serviços notariais e de registro, predicando no seu art. 22 que “os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de

regresso. (Redação dada pela Lei nº 13.286, de 2016)”, o que configura inequívoca responsabilidade civil subjetiva dos notários e oficiais de registro, legalmente assentada. 9. O art. 28 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) contém comando expresso quanto à responsabilidade subjetiva de oficiais de registro, bem como o art. 38 da Lei 9.492/97, que fixa a responsabilidade subjetiva dos Tabeliães de Protesto de Títulos por seus próprios atos e os de seus prepostos. 10. Deveras, a atividade dos registradores de protesto é análoga à dos notários e demais registradores, inexistindo discrimen que autorize tratamento diferenciado para somente uma determinada atividade da classe notarial. 11. Repercussão geral constitucional que assenta a tese objetiva de que: o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa. 12. In casu, tratando-se de dano causado por registrador oficial no exercício de sua função, incide a responsabilidade objetiva do Estado de Santa Catarina, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa. 13. Recurso extraordinário CONHECIDO e DESPROVIDO para reconhecer que o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa. Tese: “O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa”. (RE 842846, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 12-08-2019 PUBLIC 13-08-2019)

Diante do exposto, acredita-se que, após muitos embates, chegou-se a um denominador comum no que tange a responsabilidade civil dos tabeliães e registradores, cuja lei de regência agora é expressa no sentido de ser subjetiva, devendo haver a comprovação do dolo ou culpa por parte dos prepostos; bem

como em relação a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados a terceiros em face de conduta desses delegatários, tendo o STF, em sede de repercussão geral, sedimentado o entendimento de que o Estado responde objetivamente.

## **5. Conclusões**

A CF/88 disciplina no art. 37, §6º, da CF/88 a maneira como as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros quando no exercício da atividade, sendo essa responsabilização objetiva.

Com relação à atividade notarial e de registro, a CF/88 dispôs em regramento próprio a maneira como os delegatários desses serviços seriam responsabilizados, atribuindo ao legislador infraconstitucional o papel de definir tal responsabilidade, cumprindo o quanto lhe fora determinado através da norma contida no art. 22 da Lei nº 8.935/94, cuja redação foi alterada pela Lei nº 13.286/2016, que atribui a responsabilidade civil subjetiva aos tabeliães e registradores.

Partindo dessas premissas, chegou no STF a discussão de qual seria, portanto, a responsabilidade civil estatal pelos danos causados a terceiros decorrentes do exercício das atividades notariais e registrais, tendo o Supremo reconhecido a repercussão geral do tema.

Tal entendimento trouxe uma reviravolta no mundo jurídico em torno da responsabilidade do Estado face os tabeliães e registradores, que até então entendia ser subsidiária.

Isto porque, a recente decisão do STF, publicada em agosto de 2019, foi no sentido diametralmente oposto ao que alguns doutrinadores defendiam, e atribuiu ao Estado a responsabilidade objetiva pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros.

Desse modo, percebe-se que, se de um lado surgiu o sentimento de ter ocorrido um retrocesso ao atribuir a responsabilidade subjetiva aos delegatários das atividades notarial e de registro, posto que responsabilizá-los por atos lesivos a terceiro, estes devem comprovar a dolo ou culpa daqueles; por outro lado, consolidou-se na jurisprudência a responsabilidade objetiva do Estado face os atos praticados pelos delegatários, o que trouxe mais segurança aos terceiros lesados, que agora dispõem de uma garantia estatal na busca do ressarcimento.

## **REFERÊNCIAS.**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:

< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.935 (1994). **Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios)**. Brasília, DF, 18 nov. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8935.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm). Acesso em: 30 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.492 (1997). **Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências**. Brasília, DF, 10 set. 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9492.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9492.htm). Acesso em: 30 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE 842846**. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504507> Acesso em: 31 out. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo – 5. Ed. rev. atual. E ampl – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

DEBS, Martha El. Legislação Notarial e de Registros Públicos Comentada – 3. Ed. rev. ampl. E atual. – Editora: Juspodivm, 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O Estado responde, objetivamente, pelos danos causados por notários e registradores**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/abebb7c39f4b5e46bbcfab2b565ef32b>>. Acesso em: 30/10/2019.

Notas:

---

[1] Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. (Regulamento)

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.



§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. (Regulamento)

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

[2] Art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

[3] Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.

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

[...]

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

[5] Art. 38. Os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou Escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.

[6] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo – 5. Ed. rev. atual. E ampl – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

## **A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NO BRASIL E SEUS REFLEXOS PRÁTICOS: UM PANORAMA ATUAL**

**ELAINE FERNANDES BARIZÃO:**

Graduada em Direito pela UFU,  
Advogada na área cível, pós-graduada  
pela Faculdade Damásio de Jesus

**RESUMO:** O presente estudo buscou compreender o instituto das imunidades tributárias no Brasil, seus mecanismos e desdobramentos no cotidiano do aplicador do direito, abordando os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema. Partindo do pressuposto que as imunidades tributárias se prestam, essencialmente a proteger determinados valores sociais considerados fundamentais para o legislador originário, à exemplo da liberdade religiosa, da liberdade de expressão, dentre outros, analisamos as principais formas de imunidade tributária trazidas pela Constituição Federal. A pesquisa faz-se necessária, pois resta evidente a necessidade de angariar receitas pelo ente público em contraposição a vedações constitucionais explícitas para arrecadar tributos, que limitam a incidência do poder coercitivo de arrecadação dos entes federados. A pesquisa abordou a conceituação das imunidades tributárias sob diferentes perspectivas, trazendo ainda as disposições legais e divergências doutrinárias e principalmente, as constantes inovações e modificações sobre o tema nos tribunais superiores, traçando um panorama atual sobre o assunto.

**Palavras-chave:** Imunidade Tributária; Brasil; Constituição Federal.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. CAPÍTULO 1 – CONCEITUAÇÕES INICIAIS. 1.1. Breve histórico das Imunidades Tributárias no Brasil. 1.2. Distinção entre Não incidência, Imunidade e Isenção. 1.3. O conceito de Imunidade Tributária. 1.4. Classificações das Imunidades Tributárias. CAPÍTULO II - AS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 2.1. As imunidades no texto constitucional. 2.2 As principais espécies de Imunidades Tributárias. 2.2.1. A Imunidade Tributária Recíproca. 2.2.2. As imunidades dos templos de qualquer culto. 2.2.3. A imunidade dos Partidos Políticos, Instituições Assistenciais e Educacionais. 2.2.3.1 A imunidade dos partidos políticos. 2.2.3.2 A Imunidade das entidades sindicais dos trabalhadores. 2.2.3.3 A Imunidade das instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos. 2.2.4. A Imunidade tributária cultural. 2.2.4.1 Imunidade Tributária da Música Nacional. 2.3 Outros julgados sobre a imunidade tributária. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

### **INTRODUÇÃO**

Após um longo período de regime ditatorial que vigorou no país, emerge a Constituição de 1988, também denominada “Constituição Cidadã”, permeada pela proteção de valores fundamentalmente democráticos que são perceptíveis, não só no texto constitucional vigente, mas também em todo o ordenamento jurídico nacional. A presença desses valores torna-se evidente, por consequência, na atividade financeira e tributária do Estado.

A Constituição Federal de 1988 é considerada uma constituição analítica, que traz em seu texto os mais diversos assuntos, ultrapassando a mera organização do Estado e proteção de direitos individuais.

A tributação é, sem dúvida, um instrumento fundamental para o desenvolvimento da economia de um Estado Soberano. A arrecadação e posterior aplicação dos recursos é o que mantém o funcionamento da máquina pública, embora notadamente existam distorções e inadequada gestão desses recursos no âmbito político-administrativo.

Sendo o Brasil um Estado Federado, cujos entes políticos são dotados de autonomia, a instituição de tributos é tratada a partir do art. 145 da Constituição, Título VI, Da Tributação e Orçamento, Capítulo I Do Sistema Tributário Nacional, se estendendo até o artigo 162, dispendo sobre os tributos e seus princípios gerais; limitações ao poder de tributar; os impostos de competência de cada ente político (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); e da repartição das receitas tributárias.

A Constituição Federal de 1988 recepcionou o Código Tributário Nacional de 1966 enquanto lei complementar. O fenômeno da recepção implica na manutenção de leis anteriores a promulgação da Constituição, no que forem com ela compatíveis. Caso o conteúdo legal não seja compatível com o texto constitucional, tem-se o fenômeno da revogação, que constitui na retirada da vigência da lei.

Alguns dispositivos do Código Tributário Nacional não foram recepcionados, pois eram incompatíveis com a Constituição Federal. No restante, portanto, o conteúdo jurídico foi recepcionado com o status de lei complementar.

O conceito de tributo, por exemplo, pode ser extraído do artigo 3º do Código Tributário Nacional, que nos diz: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Desse conceito, pode-se inferir a obrigatoriedade da prestação pela presença da palavra “compulsória”, excluindo a autonomia da vontade do contribuinte. A

necessidade da prestação ser em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, apresenta certa redundância, pois todos os bens materiais são suscetíveis de avaliação monetária. Em seguida, o tributo deve provir de atividade lícita, o que significa que a lei não pode incluir na hipótese de incidência tributária o elemento ilicitude. No entanto, um fato gerador pode ocorrer em circunstâncias ilícitas, ensejando o recolhimento do tributo, a exemplo da aferição de renda através do tráfico de drogas. Mesmo que a atividade seja ilícita, o imposto de renda será devido pela ocorrência do fato gerador. (MACHADO, 2004).

A partir do conceito de tributo percebe-se a supremacia do interesse público de arrecadação em detrimento da vontade particular. Nesse aspecto, o constituinte originário optou por proteger algumas situações jurídicas da incidência da tributação, especialmente através das imunidades tributárias, que serão detalhadas nesse estudo.

Vale ressaltar que o conceito de tributo também está disposto na lei 4320/64 que estatui as normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. No artigo 9º da referida lei, temos:

“Tributo é a receita derivada instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições nos termos da constituição e das leis vigentes em matérias financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades”.

A conceituação de tributo da lei 4320/64 traz a definição do termo a partir da perspectiva do direito financeiro, em que as espécies tributárias são apenas três: impostos, taxas e contribuições. Embora seja notadamente distinto do Código Tributário Nacional, ambas as definições são válidas e aplicáveis, diferindo-se em relação a arrecadação tributária (direito tributário) e aplicação dos recursos (direito financeiro).

Em relação às espécies tributárias, a Constituição Federal elenca em seu artigo 145, que a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: impostos; taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição e a contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. Ocorre que embora conste nesse dispositivo legal as três espécies tributárias, a doutrina e os tribunais superiores, principalmente o Supremo Tribunal Federal, entendem que, no âmbito do direito tributário, adota-se

no país a teoria pentapartida dos tributos, que significa que também se incluem no rol das espécies tributárias o empréstimo compulsório e as contribuições especiais, dispostos nos artigos 148, 149 e 149-A.

Sendo assim, temos cinco espécies de tributos existentes no sistema jurídico brasileiro: os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais, que serão retratados resumidamente a seguir para a melhor compreensão do assunto.

Segundo o artigo 16 do Código Tributário Nacional, imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte. O fato gerador do dever jurídico de pagar imposto é uma situação da vida do contribuinte, relacionada a seu patrimônio, independente do agir do Estado (MACHADO, 2004).

As taxas, conforme se depreende do artigo 145, inciso II da Constituição Federal e do artigo 77 do Código Tributário Nacional, são espécies de tributo cujo fato gerador é o exercício regular do poder de polícia ou serviço público específico e divisível, prestado ou posto à disposição do contribuinte. Podem ser cobradas por todos os entes federativos: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

As contribuições de melhoria elencadas no artigo 145, inciso II e 81 do Código Tributário Nacional igualmente podem ser cobradas por todos os entes federados: União, Estados, Distrito Federal e Municípios no âmbito de suas atribuições, para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado. O artigo 82 do Código Tributário Nacional traz ainda os requisitos a serem observados para a instituição desse tributo.

Os empréstimos compulsórios, dispostos no artigo 148 da Constituição Federal são instituídos apenas pela União, pela edição de lei complementar. Trata-se de um tributo vinculado, que terá como função atender despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência, ou investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional. Os empréstimos compulsórios têm como característica fundamental a ulterior devolução ao contribuinte, constituindo uma espécie de “empréstimo” tomado pelo Poder Público.

As contribuições sociais são tratadas no artigo 149 e 149-A da Constituição Federal. O artigo 149 diz que compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas

respectivas áreas, incluindo as contribuições sociais previstas no artigo 195 da Constituição.

Essas contribuições se subdividem em: contribuição de intervenção no domínio econômico, chamadas "CIDE"; contribuição de interesse das categorias profissionais e econômicas, que são aquelas instituídas pelos Conselhos Profissionais; contribuição da seguridade social, que custeiam a assistência, previdência e saúde; e as contribuições para o custeio de iluminação pública ("COSIP").

Ultrapassada a breve conceituação de tributo e suas espécies, é evidente no texto maior, que somente as pessoas jurídicas de direito público detém a competência tributária, exercendo seu poder de império através da arrecadação de receitas públicas derivadas, ou seja, através da exploração do patrimônio dos contribuintes. A autonomia da vontade torna-se mitigada, prevalecendo os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade dos bens públicos, necessários e fundamentais para a manutenção da máquina pública e da estrutura social.

Uma vez que a arrecadação tributária é um instrumento fundamental à manutenção do Estado, as limitações ao poder de tributar constituem importantes determinações legislativas da Constituição Federal, e emergem enquanto limites impostos ao Estado pelo Constituinte, relativizando seu poder de império e arrecadação, através da proteção jurídica de algumas situações e institutos elencados no texto constitucional.

As principais imunidades tributárias, integram a seção II, "Das limitações ao poder de tributar". O artigo 150, inciso VI, estabelece o rol de imunidades tributárias, no qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; templos de qualquer culto; patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; livros, jornais periódicos e o papel destinado a sua impressão; fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

Em seguida, os parágrafos 2º, 3º e 4º, trazem um detalhamento maior a respeito das imunidades tributárias, sua aplicabilidade, vedações e extensão.



Outras hipóteses de imunidade tributária estão dispostas no texto constitucional, no entanto, embora o termo “imunidade” não esteja expresso na Constituição Federal, infere-se sua interpretação partindo do pressuposto que, em suma, as imunidades são as vedações ao poder de tributar expressas na Constituição.

Traçada uma contextualização inicial sobre o tema, o presente estudo abordará os principais aspectos das imunidades tributárias no cenário atual, fornecendo subsídios para uma melhor compreensão do assunto

## CAPÍTULO 1 – CONCEITUAÇÕES INICIAIS

### 1.1. Breve histórico das Imunidades Tributárias no Brasil

Na histórica política brasileira, nem sempre as imunidades tributárias figuraram nas Constituições Federais.

A primeira constituição brasileira, do ano de 1822 era denominada constituição luso-brasileira, e reproduzia os valores portugueses, nada dispondo sobre o tema das imunidades tributárias. A Constituição Brasileira seguinte, de 1824 do Império do Brasil se caracterizava fundamentalmente pela existência de um 4º poder, ao lado do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, chamado de Poder Moderador. Esse poder consistia em uma verdadeira anomalia e permitia uma intervenção direta e muitas vezes inadequada do monarca nos outros poderes.

Essa Constituição era omissa em relação ao tema das imunidades, e, diferentemente dela, a Carta Magna seguinte (1891), traça alguns aspectos importantes sobre a imunidade tributária:

“Sob o aspecto das imunidades tributárias, a CF/91 previa duas hipóteses expressas, porém com terminologia inadequada para o Direito Tributário atual, uma vez que os dispositivos mencionam “isenção” para casos em que hoje, tecnicamente denomina-se “imunidade”, quando o Estado exportar produtos produzidos em outros Estados, e, sobre tributos estaduais que incidiriam sobre produtos estrangeiros importados. Afirma ainda Ichiara, que há duas outras hipóteses de imunidade tributária que, por suas palavras são “o embrião” do que hoje se chama de imunidade recíproca (“é proibido aos Estados tributar bens rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente”) e imunidade dos templos de qualquer culto. Todavia, é de se notar que inexistente previsão expressa

acerca dessas espécies de imunidades” (DANELI FILHO, PILAU SOBRINHO, 2010: 5).

Da leitura do trecho transcrito acima, vislumbra-se os primeiros contornos legais das imunidades tributárias no Brasil.

Os anos subsequentes seguiram a linha traçada pelo Brasil Colônia e Brasil Império, ou seja, da prevalência de uma sociedade marcada por profundas desigualdades sociais, com uma elite dominante sem preocupação com o social. A sociedade clamava por direitos sociais, como a educação e saúde emergindo nesse contexto o líder populista Getúlio Vargas.

No período em que vigorou a Constituição de 1934, houve um significativo avanço e aperfeiçoamento de competências tributárias de cada ente federativo. No entanto, sobre as imunidades:

“Na CF/34, novamente não havia previsão acerca das imunidades como se conhece hoje; as imunidades recíprocas e dos templos, da mesma forma que na Constituição de 1891, foi uma previsão “embrionária” desse tipo de imunidade que hoje está expressamente prevista na CF. Houve, contudo, um alargamento significativo de hipóteses de imunidade na Carta Política de 1934 em relação à Constituição anterior. Dentre elas, pode-se destacar: taxas sobre produtos que sobre os quais já houvesse incidido o imposto de importação; impostos de vendas e consignações, quando da primeira operação efetuada por pequeno produtor, sobre a incidência de adicionais sobre a exportação de mercadorias e sua exportação; sobre os combustíveis produzidos no país; a vedação de tributos que obstem o livre trânsito de veículos e bens ou pessoas; sobre emolumentos e custas aos necessitados à assistência judiciária; para profissões de escritor, jornalista e professor; a gratuidade do casamento; o reconhecimento de filhos naturais; sobre as instituições de educação particulares de ensino primário ou profissional gratuito” (DANELI FILHO, PILAU SOBRINHO, 2010: 6).

Em seguida, a Constituição de 1937 implementou o “Estado Novo”, rompendo com as características democráticas da Carta Política anterior e mitigando liberdades individuais sob o pretexto de proteger o Brasil da ameaça dos países de regimes comunistas. Também ficou conhecida como a constituição “Polaca”, pois foi inspirada no modelo fascista de governo polonês, com forte caráter autoritário.

No campo da tributação não ocorreram mudanças significativas, permanecendo o texto legal praticamente idêntico à constituição anterior. As disposições sobre tributação e imunidades que vigoravam até então, se extinguíram com o advento da Constituição de 1946, uma nova carta política democrática. Pode-se inferir que a Constituição de 1946 é a que mais se assemelha ao texto constitucional atual, trazendo expressamente as imunidades relativas aos templos de qualquer culto, bens e serviços de partidos políticos, instituições de educação e assistência social e o papel destinado a impressão de livros, jornais e periódicos.

Com o golpe de Estado ocorrido no ano de 1964, temos na história brasileira mais uma ruptura de um momento político-democrático com o início do regime militar no país. No campo tributário destaca-se a reforma tributária de 1965, e o advento do Código Tributário Nacional em 1966.

A respeito das imunidades tributárias no período ditatorial, dispõe Daniel Filho e Pilau Sobrinho:

“Desse modo, a CF/67 amplia mais as imunidades tributárias estabelecidas na Constituição anterior. As novas imunidades são: sobre o imposto de renda incidente sobre a ajuda de custo e diárias pagas pelos cofres públicos; à incidência de outros tributos sobre as mesmas operações; sobre os direitos de garantia no imposto de transmissão a qualquer título de bem imóveis ou de direitos reais sobre imóveis; sobre impostos de qualquer dos entes da federação incidentes sobre a transferência de propriedade decorrente de desapropriação de imóvel rural; do imposto de transmissão da incorporação de bens e direitos na realização de capital, ou transmissão decorrente da fusão, incorporação ou extinção de capital de pessoa jurídica; no imposto sobre a circulação de mercadoria incidente sobre produtos industrializados para o exterior; a não-inclusão do imposto sobre o produto industrializado quando configure a incidência deste e do imposto sobre circulação de mercadoria. Entrementes, não houve alteração nas opções políticas do legislador ao fixar as imunidades nessa carta política” (DANELI FILHO, PILAU SOBRINHO, 2010: 8).

Com o fim do regime ditatorial no país, as relações jurídicas, incluindo seus aspectos tributários, passam a ser reguladas pela Constituição de 1988, cujas imunidades tributárias do texto constitucional serão apresentadas nesse estudo.

Nesse aspecto nota-se que a atividade tributária do Estado Brasileiro, especialmente em relação às imunidades, foi ganhando diferentes contornos ao longo da história.

A Constituição Federal de 1988, também denominada “Constituição Cidadã” apresentou importantes avanços no que se refere a mecanismos e princípios para a existência de uma tributação mais justa.

A justiça e a equidade surgem enquanto valores fundamentais do estado, e a igualdade ganha contornos materiais, ou seja, prevalecendo a busca pela igualdade efetiva, real, e não apenas formal, simplesmente apresentada pela lei.

No campo da tributação não é diferente: os princípios constitucionais, como o da legalidade, da capacidade contributiva, da irretroatividade e anterioridade tributária, da vedação ao confisco, da liberdade de tráfico, a uniformidade geográfica, dentre outros extraídos do texto constitucional, demonstram a clara intenção do constituinte originário em proteger situações e pessoas de uma carga tributária injusta e desigual, buscando, ao menos no âmbito do texto legal, uma mínima garantia de justiça.

Nesse sentido, as imunidades tributárias na Constituição Federal de 1988, também são consideradas importantes mecanismos de efetivação de uma justiça tributária, através da proteção de determinados valores, considerados fundamentais para o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito.

Assim, o presente estudo busca analisar essas imunidades tributárias no contexto atual, trazendo as conceituações básicas sobre o assunto, os principais dispositivos legais e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial, traçando um panorama atual desses institutos, que constituem diretrizes fundamentais na atuação tributária do Estado.

## 1.2. Distinção entre Não incidência, Imunidade e Isenção

Parte da doutrina se debruça em diferenciar os institutos da imunidade, da não incidência e isenção. Nesse tópico traremos uma breve diferenciação entre os três institutos para a melhor compreensão do tema.

Inicialmente, a “não incidência” possui sentido amplo e significa que o tributo não incidirá em determinado caso. Configura-se em face da própria norma de tributação, sendo objeto da não-incidência todos os fatos que não estão abrangidos pela própria definição legal da hipótese de incidência. Isso significa que constitui o inverso da incidência, ou seja, a situação fica fora dos limites tributários

pois não ocorre o fato gerador, e a lei, conseqüentemente, não descreve a hipótese de incidência (BARROS, 2012).

Já a isenção é a retirada por lei, de parte da hipótese de incidência, elucidada nos artigos 176 a 179 do Código Tributário Nacional. A isenção, conforme esses dispositivos legais, é sempre decorrente de lei, que especificará suas condições e requisitos exigidos para sua concessão, os tributos que se aplica, e sendo o caso o prazo de duração. O artigo 176 também dispõe no parágrafo único que a isenção pode ser restrita a determinada região do território da entidade tributante, em função das condições a ela peculiares. Em seguida, o artigo 177 do Código Tributário Nacional nos diz que salvo disposição de lei em contrário, a isenção não é extensiva às taxas e às contribuições de melhoria e aos tributos instituídos posteriormente a sua concessão.

Em relação as imunidades tributárias, a maioria dos doutrinadores considera como aquelas vedações a instituição de tributos elencadas no texto constitucional, sendo um obstáculo a incidência da regra jurídica de tributação. Ou seja, diversos dispositivos constitucionais definem o âmbito dos mais diversos tributos, e a imunidade tributária surge como a retirada de uma parcela desse âmbito, tornando imunes alguns institutos.

A distinção fundamental entre a isenção e a imunidade está no fato de que a isenção opera no campo do exercício da competência e a imunidade, na própria delimitação da competência (ALEXANDRE, 2017).

Inseridas no art. 150 inciso VI e outros da Constituição Federal, as principais imunidades tributárias se encontram na seção "Das Limitações ao poder de Tributar", juntamente com outros dispositivos que trazem normas e princípios no sentido de restringir a atividade tributária estatal.

Embora a literalidade do artigo 150, inciso VI da Constituição Federal se refira apenas a impostos, veremos mais adiante que a maioria dos autores entende que as imunidades tributárias são aplicáveis a todos os tributos, em razão da existência de outros dispositivos constitucionais dispersos. O artigo 150 dispõe: "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI – instituir **impostos** sobre: (...)".

No entanto, já houve um significativo debate doutrinário sobre o alcance da imunidade tributária em relação a sua aplicação somente aos impostos, como disposto no texto constitucional, ou se ela se estenderia aos outros tributos.

Reforçando o exposto, o autor Luciano Amaro também destaca a diferenciação necessária entre imunidade e a supressão do poder de tributar,

afirmando “Não se trata de uma amputação ou supressão do poder de tributar, pela boa razão de que, nas situações imunes, não existe (nem preexiste) poder de tributar” (AMARO, 2012: 158).

Traçadas essas breves diferenciações, passaremos a análise dos aspectos da imunidade tributária.

### 1.3. O conceito de Imunidade Tributária

O conceito de imunidade tributária não é previsto expressamente em lei, diferentemente de alguns outros institutos do direito tributário. Sendo assim, serão expostos aqui os conceitos trazidos por alguns autores.

Ricardo Alexandre elucida que as imunidades são as vedações ao poder de tributar inseridas ao longo do texto constitucional. Assim dispõe:

“Ressalte-se que a Constituição usa diversas terminologias para se referir às imunidades, embora em nenhum momento em que estatui regras tributárias use a própria palavra imunidade. Mas, como ressaltado, não importa a terminologia usada, se a limitação consta da própria Constituição, trata-se de imunidade”. (ALEXANDRE, 2017: p.204).

No que se refere ao conceito de imunidade tributária, em sua obra, Paulo Carvalho de Barros faz considerações acerca do instituto, dizendo “cavada a premissa, não temos por que aludir às imunidades como barreiras, embaraços ou obstâncias à incidência dos tributos, como se tem copiosamente difundido” (BARROS, 2012). Além de outras considerações, traz o Autor o conceito de imunidade:

“Recortamos o conceito de imunidade tributária, única e exclusivamente, com o auxílio de elementos jurídicos substanciais à sua natureza, pelo que podemos exibi-la como a classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição da República, e que estabelecem, de modo expreso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas” (BARROS, 2012: p.187).

Para a melhor compreensão do conceito, descreveremos resumidamente o conceito e as características da competência tributária.



Conceitualmente, a competência tributária é entendida como a aptidão para instituir e legislar sobre tributos conferida pela Constituição ao ente político. Dentre suas principais características, podemos listar a facultatividade, que consiste na possibilidade dada ao ente para exercer ou não sua competência; a incaducabilidade, pois o tributo pode ser instituído a qualquer tempo; a irrenunciabilidade, pois o ente político não pode renunciar a sua competência tributária, e a indelegabilidade, pois não é possível que o ente delegue sua competência conferida constitucionalmente para a instituição de tributos. Vale ressaltar que diferentemente da competência tributária, a capacidade tributária ativa constitui no poder de fiscalizar, administrar e arrecadar tributos, podendo, portanto, ser delegada, em contraposição a possibilidade de instituir e legislar sobre o tributo, que se relaciona a competência tributária, essa sim, indelegável.

Nota-se que ao conceituar o instituto da imunidade, Paulo Carvalho de Barros faz referência a incompetência das pessoas jurídicas de direito público, ou seja, para ele ocorre uma supressão da competência do ente federativo de instituir o tributo. O autor se refere também a tributos, e não somente a impostos conforme disposto no texto constitucional.

Divergindo desse entendimento, Hugo Machado de Brito:

“Imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação da competência tributária” (BRITO, 2004: p.266).

Nota-se que para o Hugo Machado de Brito, a imunidade constitui justamente um obstáculo ao poder de tributação, o que é negado por Paulo Carvalho de Barros, conforme exposto acima. Os conceitos trazidos, a título de exemplificação, demonstram que não há uniformidade no debate em relação a conceituação de imunidade tributária, com a delimitação de elementos distintos para cada autor.

A norma de imunidade também é entendida por parte da doutrina como uma norma de competência invertida (a norma de competência está na Constituição Federal e é o mecanismo político por meio do qual a entidade tributante institui o tributo: é um mecanismo de outorga, de atribuição de poder, por meio do qual o Estado institui o tributo). Se a norma de competência tributária está expressa na Constituição e a de imunidade também, uma vai ser a “face negativa” da outra.

Para outra parte da doutrina, a norma de imunidade é uma norma de “incompetência tributária”. O campo de não tributação, demarcado pela imunidade, não pode ser desafiado por emendas constitucionais ou leis infraconstitucionais.

Conforme já exposto, outro questionamento se refere a possibilidade da imunidade tributária ser direcionada apenas a impostos, como na redação do artigo 150, inciso VI da Constituição Federal, ou se estão incluídos os demais tributos. Nesse sentido Paulo de Barros Carvalho:

“Querem quase todos que a imunidade seja uma instituição jurídica que diga respeito unicamente aos impostos, forrando-se a ela as taxas e as contribuições de melhoria. Tudo sobre o fundamento de que o texto do Diploma básico, ao transmitir as hipóteses clássicas veiculadas pelo artigo 150, VI, cita, nominalmente a espécie de tributos que Geraldo Ataliba nomina de *não vinculados*. Além do mais, insistem alguns na circunstância de que os impostos são concebidos para o atendimento de despesas gerais que o Estado se propõe, ao passo que as taxas e contribuição de melhoria, antessupondo uma prestação direta, imediata e pessoal ao interessado, não comportariam o benefício da imunidade, por todos os títulos incompatível com aqueles tipos impositivos.

Nada mais infundado! A redução é descabida, transparecendo como o produto de exame meramente literal (e apressado) ou como o resultado de considerações metajurídicas, que não se prendem ao contexto do direito positivo que vige. Que motivo de ordem superior ditaria o princípio de que o legislador constituinte, no exercício de suas prerrogativas, pudesse estar impedido de organizar as competências tributárias, de tal modo que tolhesse a decretação de certas taxas ou impossibilitasse a criação de contribuições de melhoria? Como assomos jurídicos, nenhum. Se a Constituição fala e refala nos impostos, tratando-os com a intimidade de quem os conhece pelo nome, é natural que utilize expedientes como a imunidade para lhes tracejar a feição. Com os gravames vinculados, sendo as menções constitucionais mais reduzidas, nem por isso deixou o constituinte de alcançá-los, como prova o versículo do art. 151, I, que estatui o primado da uniformidade”. (CARVALHO, 2012: p.181/182).

No trecho acima, resta evidente que o Autor entende que a imunidade não se refere exclusivamente aos impostos, pois são os tributos não vinculados presentes em nosso ordenamento jurídico, ou seja, não se destinam a uma atividade estatal

específica, custeando serviços públicos em geral. Na pesquisa realizada, percebe-se que essa é a interpretação doutrinária dominante.

Na mesma linha, Hugo Machado de Brito também entende que as imunidades se referem a todos os tributos. Vejamos:

“Em edições anteriores afirmamos que a imunidade refere-se apenas aos impostos. Não aos demais tributos. Hoje, porém, não pensamos assim. A imunidade, para ser efetiva, para cumprir suas finalidades, deve ser abrangente. Nenhum tributo pode ficar fora de seu alcance” (BRITO, 2004: p. 266).

Essa também é a interpretação do conceito de imunidade tributária prevalente no STF:

“A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já identificou na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Constituição da República, a existência de uma típica garantia de *imunidade* (e não de *simples isenção*) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social.

Precedente: *RTJ* 137/965. Tratando-se de imunidade - que decorre, em função de sua natureza mesma, do próprio texto constitucional -, revela-se evidente a absoluta impossibilidade jurídica de a autoridade executiva, mediante deliberação de índole administrativa, restringir a eficácia do preceito inscrito no art. 195, § 7.0, da Carta Política, para, em função de exegese que claramente distorce a teleologia da prerrogativa fundamental em referência, negar, à entidade beneficente de assistência social que satisfaz os requisitos da lei, o benefício que lhe é assegurado no mais elevado plano normativo” (STF, 1.ª T., RMS 22.192/DF, Rei. Min. Celso de Mello, j. 28.11.1995, *DJ* 19.12.1996, p. 51.802 apud ALEXANDRE, 2017, p. 205).

Conforme será demonstrado adiante, o presente estudo seguirá os entendimentos expostos acima, no qual as imunidades encontram-se dispersas no texto constitucional, e não necessariamente, se referem apenas aos impostos.

Sabe-se que os tributos são divididos entre vinculados e não vinculados. Os primeiros destinam-se ao custeio de atividades estatais específicas, a exemplo das taxas (taxa de polícia, taxa de fiscalização, etc), enquanto os não vinculados são

utilizados de forma ampla, financiando serviços públicos em geral, cuja contraprestação ao contribuinte não é específica, como é o caso dos impostos.

Ao avançarmos para o estudo das razões da existência da imunidade tributária, os autores parecem convergir em suas obras. A justificativa da existência das imunidades tributárias está em proteger determinadas situações e valores relevantes para a sociedade. Nesse sentido, Luciano Amaro:

“O fundamento das imunidades é a preservação de valores que a Constituição reputa relevantes (a atuação de certas entidades, a liberdade religiosa, o acesso à informação, a liberdade de expressão, etc.), que faz com que se ignore a eventual (ou efetiva) capacidade econômica revelada pela pessoa (ou revelada na situação), proclamando-se, independentemente da existência dessa capacidade, a não tributabilidade das pessoas ou situações imunes”. (AMARO, 2012: 158).

As razões para a existência das imunidades tributárias se assemelham no estudo dos diferentes autores de direito tributário: a proteção de determinados valores, considerados importantes para o constituinte originário. Esses valores têm ligação com as liberdades, a exemplo da liberdade religiosa, sindical, liberdade de expressão, dentre outros. Assim aduz Ricardo Alexandre:

“A generalidade das vedações decorre da importância dos valores protegidos pela regra imunizante, como é o caso do pacto federativo (na imunidade recíproca da alínea *a*), da liberdade religiosa (na imunidade de templos de qualquer culto prevista na alínea *b*) e da liberdade de expressão e de informação (na imunidade cultural da alínea *c*). (ALEXANDRE, 2017, p. 207).”

Demonstrados os aspectos relativos ao conceito de imunidade tributária, analisaremos as principais classificações das imunidades tributárias trazidas pela doutrina.

#### 1.4. Classificações das Imunidades Tributárias

Alguns doutrinadores também trazem à luz as denominadas classificações da imunidade tributária, relativas aos critérios e parâmetros que direcionam as disposições trazidas pelo legislador.

Quanto ao parâmetro para concessão, temos as imunidades subjetivas, objetivas e mistas. A imunidade subjetiva é conferida em razão da natureza jurídica da pessoa ou do ente. Um exemplo dela encontra-se no artigo. 150, inciso VI, alínea "a" da Constituição, que impede a tributação do patrimônio, renda ou serviços dos entes políticos. Nota-se que a imunidade, nesse caso, é conferida a pessoa jurídica de direito público integrante da federação. Temos ainda a imunidade objetiva, que é outorgada em razão de determinados fatos, bens ou situações: a imunidade é do objeto. Um exemplo dela está expresso no artigo 150, inciso VI, alínea "d", CF (livros, jornais e papéis destinados a sua impressão). A imunidade mista envolve a pessoa e um fato, bem ou situação. Um exemplo está expresso no artigo 153, §4º, inciso II da Constituição (imunidade de ITR às pequenas glebas e, desde que, possuidores não possuam outro bem imóvel).

Quanto à origem, temos as imunidades ontológicas e políticas. As imunidades ontológicas devem ser concedidas, mesmo sem a previsão constitucional, pois ela se depreende dos princípios tributários, como o princípio do pacto federativo, da isonomia, da capacidade contributiva, etc. Exemplo: art. 150, inciso VI, alínea "c", CF (imunidade das instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos). Nesse caso, o legislador buscou proteger essas instituições em razão de seus recursos escassos, privilegiando a aplicação dos mesmos em suas atividades-fim. Na imunidade política há necessidade de expressa previsão, pois a concessão envolve a proteção de outros princípios em razão da opção política do legislador constituinte. O exemplo está expresso no art. 150, inciso VI, alínea "b" da Constituição Federal (imunidade dos templos de qualquer culto).

Quanto ao alcance, são classificadas em imunidades gerais e específicas. As chamadas gerais, estabelecem vedações a todos os entes tributantes, alcançando diversos tributos. As hipóteses se encontram no artigo 150, inciso VI da Constituição, que impede qualquer ente político de instituir os impostos elencados nesse dispositivo. Essa generalidade se relaciona diretamente aos valores constitucionais de liberdade religiosa, de expressão, etc., que busca proteger o legislador. Já a imunidade específica, tópica ou especial, que é aquela relacionada a restringe a aplicação da imunidade de determinado tributo de um ente, exemplo: art. 155, §2º, inciso X, alínea "a" (imunidade ao ICMS para a exportação de mercadorias) da Constituição. Nota-se que no último dispositivo mencionado, a Constituição Federal fala em "isenção", no entanto é considerada pela maioria dos autores como imunidade tributária, uma vez que é concedida pela norma constitucional.

Quanto à forma de previsão, poderão ser explícitas ou implícitas. Em regra, as imunidades estão expressas no texto constitucional, sendo assim, consideradas explícitas. Já aquelas não previstas expressamente, são consideradas implícitas, mais

frequentes nos países de sistema “common law”, e não tão evidente em constituições analíticas, como é o caso da brasileira.

Por fim, quanto à necessidade de regulamentação, temos as imunidades condicionadas e incondicionadas.

A imunidade incondicionada basta por si só, possuindo eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, gerando seus efeitos independentemente de regulamentação, a exemplo das imunidades recíprocas, artigo 150, inciso VI, alínea “a”. Já na condicionada, há a necessidade de preenchimento de alguns requisitos, possuindo eficácia contida, aplicabilidade imediata e restringível. O exemplo se encontra no artigo 150, inciso VI, alínea “c”, referente às instituições de educação, que devem observar o disposto no artigo 14 Código Tributário Nacional, que dispõe:

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

Nota-se que o último inciso se refere a condições relativas às obrigações acessórias, ou seja, aquelas que “decorrem da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”, expressa no artigo 113, §2º do CTN. As obrigações acessórias se relacionam, portanto a obrigatoriedade de fazer e não fazer, não se relacionando a nenhuma prestação pecuniária, diferindo-se nesse aspecto da obrigação principal, que, prevista no artigo 113, §1º, surge com a ocorrência do fato gerador, e tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se junto ao crédito dela decorrente.

A expressão “lei” no final ao artigo 150, inciso VI, alínea “c” deve ser interpretada com lei complementar, conforme decisão recente do Supremo Tribunal Federal, o que será demonstrado mais adiante nesse estudo em tópico específico.



Abordados alguns pontos relativos a conceituação do assunto, serão tratadas a seguir, as espécies de imunidades previstas na Constituição Federal. Longe da intenção de esgotar o tema, serão abordados os principais aspectos legais, doutrinários e jurisprudências referentes a cada uma das espécies, visando uma compreensão abrangente do assunto.

## CAPÍTULO II - AS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

### 2.1. As imunidades no texto constitucional

As imunidades tributárias estão previstas principalmente no artigo 150, inciso VI, alíneas "a", "b", "c", "d", "e", parágrafos 2º, 3º e 4º da Constituição Federal. Nesses dispositivos, a letra da lei se refere exclusivamente aos impostos, no entanto, é possível encontrar imunidades dispostas em outros artigos no texto constitucional, partindo do pressuposto que a imunidade é uma hipótese constitucional de dispensa do pagamento do tributo. Alguns exemplos estão previstos no art. 5º, XXXIV, alíneas "a" e "b", que dispõe:

"Art 5º (...) XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) O direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder
- b) A obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;"

A dispensa nesse caso é do pagamento de taxas, e tem o condão de proteger direitos constitucionais. Outra hipótese, também no artigo 5º, se refere a ação popular, que é um importante instrumento de defesa dos cidadãos quanto às irregularidades praticadas contra o patrimônio e os interesses públicos. Assim dispõe:

"Art. 5º (...) LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular, que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência."

A lei nº 4717/65 regulamenta a ação popular citada no texto constitucional, seus requisitos e detalhamentos legais.

As custas judiciais são consideradas taxas, sendo portanto, espécies de tributos. Assim, quis o legislador privilegiar o direito do cidadão através da facilitação do acesso ao judiciário pela dispensa do pagamento de custas. Embora o trecho acima se refira a “isenção”, conceitualmente, estamos diante de uma hipótese de imunidade tributária, pelas razões já apresentadas nesse estudo.

No art. 5º, inciso LXXIV, temos “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. O disposto nesse inciso é regulado pela lei da Assistência Judiciária nº1060/1950, que estabelece as normas para a concessão da isenção de custas em juízo, dispensando, portanto, o pagamento de tributos inerentes às demandas judiciais.

Mais uma hipótese que visa garantir os direitos dos cidadãos hipossuficientes, está prevista no art. 5º, inciso LXXVI que diz: “são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito”. O inciso seguinte do mesmo artigo, LXVII diz que são gratuitas as ações de “habeas corpus” e habeas data, e na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania”; garantindo também o amplo acesso a esses remédios constitucionais.

No artigo 149, §2º, temos a imunidade referente as contribuições sociais e CIDE: “§2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: I – não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação”. Trata-se de uma hipótese clara de imunidade tributária que visa estimular a economia nacional, desonerando o exportador do pagamento de algumas espécies tributárias.

O artigo 195, §7º diz que “são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social, que atendam às exigências estabelecidas em lei”. Embora o texto legal se refira à isenção, trata-se também de uma hipótese de imunidade prevista constitucionalmente. Mais adiante, será exposto ainda o entendimento do STF sobre a necessidade de que a lei exposta no artigo, seja uma lei complementar.

Embora os exemplos tratados acima sejam significativos para o entendimento do tema, as hipóteses de imunidade tributária mais relevantes encontram-se de fato no artigo 150, inciso VI, alíneas “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, parágrafos 2º, 3º e 4º da Constituição Federal, e serão mais detalhadas no decorrer desse trabalho.

Conforme se depreende da literalidade do artigo 150, inciso VI, é vedado a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituir impostos sobre: o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros; templos de qualquer culto; patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das

entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; livros, jornais periódicos e o papel destinado a sua impressão; fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

Em seguida, o §2º do mesmo artigo elucida que a vedação do inciso VI, ou seja, de instituir impostos sobre as situações acima elencadas é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, a renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. O §3º ainda diz que essas vedações são extensivas às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo poder público, no que se refere ao patrimônio, a renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às dela decorrentes. Tanto é verdade, que o parágrafo seguinte (§4º) deixa claro que a imunidade não se estende ao patrimônio, renda e serviços relacionados com a exploração de atividade econômica regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador de da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

Reforçando que a imunidade somente se aplica às atividades essenciais, o §4º diz que as vedações previstas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais dessas entidades. Esses dispositivos mencionados acima, demonstram a intenção do legislador em não conceder a imunidade tributária a instituições com finalidades lucrativas.

Cada uma das hipóteses referentes às imunidades tributárias elencadas no artigo 150, inciso VI, será tratada detalhadamente nesse estudo.

## 2.2 As principais espécies de Imunidades Tributárias

### 2.2.1. A Imunidade Tributária Recíproca

A imunidade recíproca está prevista no artigo 150, VI, “a”, dispondo em sua literalidade que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não podem cobrar impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços, uns dos outros.

Embora o dispositivo legal se refira aos impostos relativos ao “patrimônio, renda ou serviços”, o STF já se manifestou no sentido de que esse rol deve ter uma interpretação ampla, extensiva, abrangendo quaisquer impostos, embora expressas

apenas essas três espécies. Vale ressaltar que nesse caso, a imunidade refere-se apenas aos impostos, e não às demais espécies tributárias.

Pode-se também falar da ausência da capacidade contributiva das pessoas políticas, no sentido de que o patrimônio das pessoas políticas não pertence a elas próprias, mas sim à coletividade, não podendo ser atingido por impostos. Dois vetores axiológicos justificam essa imunidade: a federação e ausência da capacidade contributiva das pessoas políticas.

Em relação às autarquias e fundações mantidas pelo Poder Público, essas instituições também gozam da imunidade tributária recíproca, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes. Isso está expressamente previsto no §2º, artigo 150 da Constituição Federal.

Diversos julgados do Supremo Tribunal Federal retratam o tema das imunidades recíprocas. Trataremos dos principais nesse tópico.

Nota-se pelos dispositivos legais, que o constituinte originário buscou restringir a extensão da imunidade àquelas entidades que não desenvolvem atividade econômica. Assim, as empresas públicas e sociedades de economia mista, por exemplo, não estariam abarcadas pelo benefício. Nesse sentido, aduz Hugo Machado de Brito:

“É plenamente justificável a exclusão da imunidade quando o patrimônio, a renda e o serviço estejam ligados a atividade econômica regulada pelas normas aplicáveis às empresas privadas. A imunidade implicaria tratamento privilegiado, contrário ao princípio da liberdade de iniciativa. Ocorre que também não há imunidade quando haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário. Isto quer dizer que um serviço, mesmo não considerado atividade econômica, não será imune se houver cobrança de contraprestação, ou de preço, ou de tarifa.” (BRITO, 2004: 267).

No que se refere às empresas públicas e sociedades de economia mista, o STF, ao pacificar o tema, considerou que as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos podem, excepcionalmente, ser alcançadas pela imunidade tributária recíproca, prevista no mencionado art. 150, VI, a, da CF. Porém, o entendimento não se aplica a toda e qualquer entidade dessa natureza que presta serviço público. Alguns parâmetros devem ser observados para que seja legítima a extensão da imunidade. O primeiro deles diz respeito ao fato de que a referida

imunidade “se aplica apenas à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais inerentes ao ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política”. O segundo se refere ao fato de que não podem ser objeto de imunidade tributária recíproca “as atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares”, por se apresentarem como “manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política, e o terceiro parâmetro refere-se ao fato de que a desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita”. Isso porque, segundo o STF, “o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar-se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja fator preponderante”.

Portanto, o STF reconhece ser possível a extensão da imunidade tributária recíproca, desde que presentes tais premissas.

A título de elucidação do que foi exposto acima, destaca-se a decisão proferida pelo STF no julgamento da ação cível ordinária 1460 (Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento 7/10/2015):

“(…) Imunidade tributária recíproca. Art. 150, inciso VI, a, da Constituição Federal. Sociedade de economia mista. Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (CASAN). Não preenchimento dos parâmetros traçados por esta Corte para a extensão da imunidade tributária recíproca. Precedente. Agravo não provido. 1. Não há error in procedendo ou violação da ampla defesa por alegada afronta ao Regimento Interno do STF, em seus arts. 250 (que prevê julgamento colegiado para as ações cíveis originárias) e 251 (que dispõe sobre a concessão de palavra às partes e ao PGR na sessão de julgamento), uma vez que esta Corte admite a possibilidade de o relator decidir, monocraticamente, pretensão sobre a qual a jurisprudência da Corte já tenha se posicionado, nos termos do art. 21, § 1.º, do RISTF. Precedentes. 2. A Corte já firmou o entendimento de que é possível a extensão da imunidade tributária recíproca às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, observados os seguintes parâmetros: a) a imunidade tributária recíproca se aplica apenas à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado; b) atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o

patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política; e c) a desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do livre exercício de atividade profissional ou econômica lícita". Precedentes: RE n.º 253.472/SP, Tribunal Pleno. Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa, DJe de 1.º/2/11 e ACO 2243/DF, decisão monocrática, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 25/10/13.

Outro clássico exemplo de empresa pública que goza de imunidade tributária é a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Os Correios são uma empresa prestadora de serviço público obrigatório e exclusivo do Estado que não explora atividade econômica, embora também ofereça serviços dessa natureza.

Ao longo das ações impetradas junto ao STF em relação aos Correios, os julgados em relação a essa empresa pública aumentaram gradativamente, conferindo aos poucos quase uma completa equiparação dos Correios à Fazenda Pública, no que se refere às suas prerrogativas e formas de figurar em juízo.

Mesmo desenvolvendo atividades típicas da iniciativa privada, a exemplo das entregas de encomendas, o STF considerou que prevalece a imunidade tributária recíproca, em razão da existência de peculiaridades no serviço postal.

Sendo serviço postal, a ECT é obrigada a realizar a entrega mesmo para os lugares mais distantes do Brasil por se tratar de uma empresa pública. Assim, por exemplo, existem localidades onde as empresas privadas não fazem entregas por não ser economicamente viável, mas os Correios, no entanto, têm o dever de realizar. A imunidade emerge como uma forma de compensar tais peculiaridades.

Além disso, esses serviços de transporte de bens e mercadorias constituem a maior fonte de arrecadação de recursos para os Correios e tais verbas são posteriormente destinadas a financiar os serviços postais menos rentáveis, como a entrega de cartas, que tem ainda hoje uma grande importância social. Desse modo, a imunidade tributária para a entrega de encomendas dos Correios é uma forma de conferir subsídio cruzado para os demais serviços postais. Isso significa que o exercício de atividades lucrativas, a exemplo da entrega de encomendas propicia recursos para a manutenção de atividades menos lucrativas, como as cartas e impressos, cuja manutenção dessas últimas é obrigatória pelos Correios.

Em suma, as atividades exercidas pelos Correios sob regime concorrencial (a exemplo do Sedex) acabam custeando as outras atividades desempenhadas sob o



regime constitucional de monopólio (privilégio), como é o caso da carta social (que custa apenas alguns centavos). Percebe-se, portanto, que esse modelo cruzado de financiamento dos Correios é a forma encontrada para tornar possível a integração nacional e dar exequibilidade ao direito básico do indivíduo de se comunicar com outras pessoas ou instituições pela via postal.

Vale ressaltar que o STF, ao examinar a incidência ou não de IPTU nos imóveis da ECT, já tinha deixado claro que, para fins de imunidade tributária, é irrelevante que os Correios exerçam naquele imóvel, simultaneamente, atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Isso porque, conforme já explicado, o serviço postal possui peculiaridades que justificam esse tratamento diferenciado (STF. Plenário. RE 601392, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/02/2013).

Através das ações constitucionais, o STJ, no 1ª turma, AgRg no AREsp 304.126-RJ, 2013, também declarou imunes à incidência do IPVA os veículos automotores pertencentes aos Correios (equiparando à imunidade dos entes federativos), e o IPTU, presumindo-se que os imóveis de propriedade da empresa pública estão afetados às finalidades essenciais. Assim, se o Município pretende tributar o imóvel, terá o ônus de provar que o bem não merece gozar de imunidade. No ano seguinte o STF concordou com a tese, e expediu um julgado no mesmo sentido.

Situação diferente daquela em que se enquadram as concessionárias de serviços públicos, que, para o STF não gozam de imunidade recíproca por serem empresas privadas com finalidades lucrativas. Assim, embora muitas vezes essas empresas possam prestar serviços públicos, não farão jus a imunidade recíproca.

Prevaleceu o entendimento de que as concessionárias de serviços públicos, se forem remuneradas apenas pelo Estado (ex: Parceria Público Privada, na modalidade concessão administrativa), há imunidade, mas se forem remuneradas também pelo usuário através do pagamento de tarifas, não há imunidade, pois resta caracterizada a finalidade lucrativa.

Dada a importância dessa espécie de imunidade, ela é considerada por muitos autores como um princípio, que busca proteger o pacto federativo. Assim, entende-se que compõe o rol das cláusulas pétreas, artigo 60, §4º, inciso I, no qual não poderá ser objeto proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado.

A concepção da imunidade tributária enquanto princípio não é novidade em nosso sistema jurídico, pois existe precedente do Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 3/93, que excepcionou a aplicação da imunidade recíproca para o IPMF (Imposto Provisório sobre

Movimentações Financeiras), antecessor da CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras), para tributar a movimentação financeira de Estados e Municípios. A decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal na ADIn 939-7/DF tem a seguinte ementa:

“EMENTA: – Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – I.P.M.F. Artigos 5º, par. 2º, 60, par. 4º, incisos I e IV, 150, incisos III, *b*, e VI, *a*, *b*, *c* e *d*, da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, *a*, da CF). 2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica ‘o art. 150, III, *b*, e VI’, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. – o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, par. 2º, art. 60, par. 4º, inciso IV, e art. 150, III, *b* da Constituição); 2. – **o princípio da imunidade tributária recíproca, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, as rendas ou os serviços uns dos outros e que é garantia da Federação** (art. 60, par. 4º, inciso I, e art. 150, VI, *a*, da CF); 3. – a norma que, estabelecendo outras imunidades, impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: *b*): templos de qualquer culto; *c*): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e *d*): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar nº 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades

previstas no art. 150, VI, *a, b, c e d*, da CF (arts. 3º, 4º e 8º do mesmo diploma, LC nº 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993." (ADI 939, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15.12.1993, DJ 18.03.1994 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160 RTJ VOL-00151-03 PP-00755)

Em relação a parte final do artigo 150, inciso VI, §3º, dispõe que a regra da imunidade "não exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel", se refere às situações em que há de um lado, um ente público imune enquanto promitente vendedor, e de outro, uma pessoa física figurando enquanto promitente compradora. Nesse caso, como o ente público é imune à tributação, resta evidente que a obrigação se transfere a pessoa física. Tal fato ensejou a edição da súmula 583 do STF, que dispõe que "o promitente comprador de imóvel residencial transcrito em nome de autarquia é contribuinte do imposto predial territorial urbano".

Há ainda um ponto importante no que se refere a tributação dos Estados estrangeiros. Nesse sentido, Ricardo Alexandre:

"Por fim, registre-se que com a incorporação ao direito brasileiro do texto das Convenções de Viena de 1961 e 1963, restou assegurado aos Estados estrangeiros a "imunidade" a impostos e taxas no Brasil, ressalvadas aquelas decorrentes da prestação de serviços individualizados e específicos. Apesar de se utilizar com frequência a palavra imunidade para qualificar a garantia, sua análise -demonstra se tratar de verdadeira isenção, uma vez que não prevista expressamente no texto constitucional, mas sim em convenções internacionais, que, no ponto em que versam sobre matéria tributária são incorporadas ao direito interno com hierarquia meramente legal (conforme exposto no item 3.2.2.1.1 do Capítulo 3, tratados e convenções internacionais somente têm *status* constitucional ou supralegal quando versarem sobre direitos humanos). Quanto a este aspecto, reavive-se que, nos termos detalhados no item 2.10.3.2 deste Capítulo, é legítima a concessão de isenção de tributos estaduais e municipais mediante tratado internacional. De qualquer

forma, apesar de ser tecnicamente possível a cobrança de taxas de serviço dos Estados estrangeiros, o fato de eles também gozarem de imunidade de jurisdição, impede que sejam executados caso não paguem espontaneamente os valores devidos. A imunidade pode ser expressamente renunciada pelo Estado estrangeiro, que deve ser consultado sobre a questão; caso não abra mão da prerrogativa, ficam os entes tributantes desprovidos de qualquer mecanismo judicial para a cobrança coativa do tributo” (RE 138/RJ apud ALEXANDRE, 2017, p.219).

Traçados os principais aspectos em relação às imunidades recíprocas, passaremos à análise da próxima hipótese constitucional, a denominada “imunidade religiosa”.

#### 2.2.2. As imunidades dos templos de qualquer culto

Um Estado soberano é considerado laico quando separa, oficialmente, Estado e religião. A Constituição Federal de 1988 consagra o Brasil enquanto Estado laico, no qual não há a adoção de nenhuma religião oficial, primando pela liberdade de ideologia e crença. Embora existam longas discussões acerca da efetiva aplicabilidade desse princípio na prática política, partiremos do pressuposto da existência da ampla liberdade religiosa no país.

Ao longo do texto constitucional é possível perceber a liberdade religiosa enquanto direito individual dos cidadãos e também enquanto valor a ser protegido pelo Estado.

O tratamento liberal e democrático dispendido à liberdade religiosa que pode ser depreendido no artigo 5º, incisos VI à VIII, vejamos:

“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: (...)

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre-exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias;

VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.”

O artigo 19 da Constituição Federal também traz à baila um importante aspecto referente a laicidade do Estado, vejamos:

“Ar. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.”

Pode-se dizer que a imunidade tributária relativa aos templos de qualquer culto também integra o rol dos dispositivos constitucionais que visam proteger a liberdade religiosa. Ela está prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “b” da Constituição Federal, que dispõe: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI. instituir impostos sobre: b) templos de qualquer culto”.

Essa imunidade tributária é chamada pela doutrina de imunidade tributária religiosa, e tem o condão de proteger a liberdade religiosa no país, com a não criação de óbices ao exercício das práticas religiosas.

A imunidade dos templos de qualquer culto, prevista no art. 150, inciso VI, alínea “c” deve ser interpretada de forma extensiva, ultrapassando a literalidade do artigo no sentido de efetivar o princípio da liberdade de consciência e crença enquanto direito fundamental. O templo já foi conceituado a partir de várias teorias. No passado, o templo era entendido apenas como o local do culto religioso. Com a evolução da doutrina e dos valores jurídicos, houve a necessidade de reformular o conceito de templo. Aos poucos, “templo” passou a abranger aquilo que correspondia a ele próprio e, até mesmo, situações ligadas indiretamente ao sentido religioso, no sentido de englobar todas as práticas e organizações religiosas.

Ricardo Alexandre elucida a interpretação extensiva do termo:

“É interessante perceber que o legislador constituinte originário, ao proibir os entes federados de instituir impostos sobre os templos de qualquer culto (CF, art. 150, VI, b), disse menos do que efetivamente queria dizer.

A afirmação baseia-se na distinção entre o templo (prédio fisicamente considerado) e a entidade religiosa, com todas as atividades que lhe são inerentes. Se a imunidade fosse tão somente do templo, estaria impedida apenas a cobrança dos impostos que incidissem sobre a propriedade do imóvel em que está instalado o templo (IPTU ou ITR). Entretanto, nada impediria a cobrança, por exemplo, do imposto de renda sobre as oferendas ou do imposto sobre serviços relativos à celebração de casamentos.” (ALEXANDRE, 2017, p. 220).

Historicamente, nem sempre o Estado Brasileiro privilegiou a liberdade religiosa em suas constituições. Inicialmente, na Constituição de 1824, era evidente que existia uma explícita superioridade da religião católica, cuja relação era ainda mais estreita ao se verificar que os bispos e principais líderes religiosos eram nomeados pelo Imperador. A menção à religião católica aparece várias vezes nesse texto constitucional. Para Daneli Filho e Pilau Sobrinho:

“Vê se que o Chefe do Poder Executivo do Estado estabelecia quem seriam as pessoas com maior poder dentro da Instituição Religiosa oficial, bem como pagaria remuneração para o clero católico, além de ter que jurar lealdade e fidelidade à confissão religiosa que, no texto ao menos, vinha antes da própria Constituição”. (DANELI FILHO, PILAU SOBRINHO, 2010: 3).

A relação entre Estado e Igreja era tão próxima, que os tributos eram arrecadados para angariar recursos para a construção de Igrejas, e outras atividades religiosas.

Em decorrência de inúmeros acontecimentos históricos, a exemplo de uma grave crise econômica que assolou o país na época, a constituição brasileira de 1891 emerge sob um contexto diferente, estabelecendo uma ruptura com a religião católica enquanto religião oficial do país.

No período ditatorial o texto constitucional garantia a liberdade religiosa, no entanto ocorreram perseguições a vários setores religiosos, sendo esse mais um aspecto da restrição às liberdades individuais que provém de uma ditadura, pouco importando a um Estado Autoritário, qualquer valor ou garantia constitucional.



Em relação a disposição atual acerca da imunidade religiosa, com o passar do tempo foram surgindo inúmeros questionamentos práticos sobre a aplicabilidade do instituto, ensejando uma série de decisões provindas dos Tribunais Superiores.

Muito se questionava sobre valores recebidos de aluguel de imóvel pertencente a entidade religiosa. Tais questionamentos frequentes ensejaram a edição da súmula vinculante número 52, que dispõe que, caso o dinheiro seja utilizado nas atividades essenciais da entidade, fará jus o valor auferido a imunidade tributária.

Dentre esses julgados, temos o Recurso Extraordinário 578.562, de relatoria do Ministro Eros Grau em 21/05/2008 no qual houve o questionamento se o cemitério utilizado nas celebrações da Igreja estaria abrangido pela imunidade tributária. O Supremo Tribunal Federal entendeu que sim, pois no caso retratado o cemitério era uma extensão da entidade religiosa, portanto, abrangido pela imunidade.

Já em relação à maçonaria, o Supremo Tribunal Federal entendeu que essas organizações não estão incluídas no conceito de “templos de qualquer culto” ou “instituições de assistência social” para fins de concessão de imunidade tributária prevista no art. 150, VI, b e c da Constituição Federal. Para o STF, a maçonaria seria uma ideologia de vida e não uma religião, estando sujeita, portanto ao pagamento de IPTU e demais impostos (STF, 1ª Turma. RE 562351/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 4/9/2012).

Mais um caso significativo levado à discussão no STJ se refere a uma Igreja que efetuou a compra de um terreno baldio (imóvel vago) que seria utilizado para a construção de um templo, conforme um projeto que já estava aprovado. O Município então, efetuou o lançamento do ITBI (Imposto sobre transmissão de bens imóveis), afirmando que a Igreja somente gozaria de imunidade tributária quanto ao bem quando o projeto estivesse concluído e o templo construído. A tese do município não foi acolhida pelo STJ. Segundo o Tribunal, por se tratar de entidade religiosa, há presunção relativa de que o imóvel da entidade está vinculado às suas finalidades essenciais, o que impede a cobrança de impostos sobre o imóvel, de acordo com o artigo 150, inciso VI, alínea “c” da Constituição Federal. A descaracterização dessa presunção para que incida ITBI sobre o imóvel de entidade religiosa é ônus da Fazenda Pública Municipal, nos termos do art. 373, inciso II do CPC 2015. Assim, para o STJ, é do município o ônus da prova de que o imóvel pertencente a entidade religiosa não está vinculado a sua destinação institucional (STJ. 2ª Turma. AgRg no AREsp 444.193-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 04/02/2014).

Pelos apontamentos e julgados acima, nota-se a preocupação dos Tribunais Superiores em preservar o princípio da liberdade religiosa, retirando possíveis encargos tributários do exercício desse direito individual.

Assim, a imunidade dos templos de qualquer culto, prevista no art. 150, inciso VI, alínea "c" deve ser interpretada de forma extensiva, ultrapassando a literalidade do artigo no sentido de efetivar o princípio da liberdade de consciência e crença enquanto direito fundamental.

### 2.2.3. A imunidade dos Partidos Políticos, Instituições Assistenciais e Educacionais

A imunidade tributária prevista no artigo 150, inciso VI, alínea "c" dispõe em sua literalidade:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (...):

VI – instituir impostos sobre (...):

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei".

Esse dispositivo constitucional também está previsto no artigo 9º do Código Tributário Nacional.

A alínea "c" do artigo 150, inciso VI, não é autoaplicável, ou seja, dependerá de complementação normativa através de uma lei a que se deve obedecer. Em decisão recente, STF no Recurso Extraordinário 566622, de Relatoria do Min. Marco Aurélio, julgado em 23/02/2017 (repercussão geral), decidiu que a lei a que se refere o §7º do artigo 195 da Constituição Federal é uma lei complementar.

Isso pode gerar estranheza porque sabe-se que, quando a Constituição Federal menciona apenas "lei", sem especificar mais nada, ela está se referindo à lei ordinária. Quando a matéria precisa ser tratada por lei complementar, isso é previsto expressamente.

Assim, entendeu o STF que o § 7º do art. 195, deve ser interpretado em conjunto com o art. 146, II, que dispõe que cabe à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar. Portanto, a Constituição exigiu lei complementar, não diretamente no § 7º do art. 195, mas sim decorrente da interpretação e aplicação do art. 146, inciso II.

### 2.2.3.1 A imunidade dos partidos políticos

Em relação aos partidos políticos, uma vez que são fundamentais para a organização política da sociedade, o legislador buscou proteger a liberdade política, pois os partidos são instrumentos fundamentais à representatividade democrática.

Essa categoria de imunidade tributária já figurava em Constituições anteriores, sendo expressa também na Constituição Federal de 1988.

Alguns estudiosos enfatizam o fato de que a imunidade concedida aos partidos se relaciona a necessidade de preservação de sua autonomia, impedindo que imposições fiscais coíbam suas manifestações.

Vale lembrar que predomina o entendimento de que as imunidades não são interpretadas de maneira restritiva, ou seja, referindo-se apenas aos impostos conforme a literalidade do texto legal. No entanto, em relação aos partidos políticos, a imunidade tributária é aplicada com ressalvas. Segundo precedentes jurisprudenciais pesquisados, não há dispensa do recolhimento das contribuições previdenciárias, por exemplo.

Em casos de não atendimento a condições determinadas, é possível que a Receita Federal suspenda a imunidade tributária de partidos políticos em razão de irregularidades cometidas perante o Fisco.

O artigo 150, VI, "b" engloba ainda as fundações dos partidos políticos, que devem ser a eles vinculadas para que sejam englobadas pela imunidade.

Assim, os partidos políticos devem obedecer aos requisitos legais para que façam jus a imunidade, pois não se trata de um benefício autoaplicável sendo necessária a observação de condições na aplicação e utilização dos recursos.

### 2.2.3.2 A Imunidade das entidades sindicais dos trabalhadores

As entidades sindicais dos trabalhadores também previstas como imunes no artigo 150, inciso VI alínea "c", se relacionam diretamente com os direitos sociais previstos na constituição, no sentido de proteção jurídica do hipossuficiente em uma relação laboral. Tanto é verdade, que o disposto se refere apenas aos sindicatos dos trabalhadores, não sendo aplicável às entidades sindicais patronais. Esse é o entendimento majoritário da doutrina, a exemplo:

Ao imunizar as entidades sindicais dos trabalhadores, o legislador constituinte quis proteger a liberdade de associação sindical estatuída no art. 8º da Magna Carta. Perceba-se, contudo, que a proteção somente

beneficia os sindicatos de trabalhadores, talvez por estes se encontrarem no lado normalmente mais fraco da relação trabalhista. Os sindicatos de empregadores (patronais) não são, portanto, beneficiários da regra imunizante. (ALEXANDRE, 2017, p. 222)

Assim, entendemos que de fato se caracteriza uma situação de hipossuficiência nas relações de trabalho, embora existam alguns autores que tenham opiniões distintas, nesse sentido, Hugo Machado de Brito:

“São também imunes as entidades sindicais. A letra do dispositivo constitucional refere-se apenas a entidades sindicais dos trabalhadores, o que revela seu caráter demagógico. Estariam os sindicatos patronais sujeitos à tributação? Poderia o Estado esmagá-los com impostos? A liberdade de associação seria assegurada apenas aos trabalhadores? Qual a abrangência da palavra trabalhadores no texto em questão? Parece-nos que a imunidade deve abranger as entidades sindicais em geral, mas o dispositivo constitucional está aí, a desafiar a argúcia dos hermenutas que não pretenderem ficar com sua literalidade” (BRITO, 2004: 271).

Nesse estudo, preferimos aderir a primeira interpretação, uma vez que as relações de trabalho apresentam, reconhecidamente, desigualdade jurídica em relação às partes envolvidas, sendo necessária uma maior proteção da classe trabalhadora. Compreende-se, portanto, que a imunidade relativa as entidades sindicais são aplicadas somente aos sindicatos dos trabalhadores.

### 2.2.3.3 A Imunidade das instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos

Em decisão recente nos autos do Recurso Extraordinário 566622 de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 23/02/2017, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão sobre os requisitos para concessão de imunidade a entidades beneficentes. Para a maioria dos ministros, é necessária a edição de lei complementar, e, enquanto não for editada, prevalecem apenas as regras do artigo 14 do Código Tributário Nacional (CTN), que nos diz:

“Art. 14. O disposto na alínea “c” do inciso IV do art. 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas a qualquer título;

II – aplicarem integralmente, no país, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III – manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão;

§1º Na falta de cumprimento do disposto nesse artigo, ou no §1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§2º Os serviços a que se refere à alínea “c” do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.”

Como já relatado anteriormente, milita em favor das entidades a presunção de que seu patrimônio, renda e serviços estão vinculados às atividades essenciais, competindo a Fazenda Pública comprovar o desvio de finalidade.

Para que as entidades sejam consideradas sem fins lucrativos, é importante salientar que auferir lucro é diferente de ter finalidade lucrativa. Nesse sentido, Ricardo Alexandre:

“Não se deve confundir ausência de fim lucrativo com proibição de obtenção de superávit financeiro. Toda entidade que se pretenda viável e pense em crescimento deve se esforçar para que suas receitas superem suas despesas. O que não pode acontecer, sob pena de configuração de finalidade lucrativa, é a distribuição de excedentes entre os sócios, diretores, gerentes ou quaisquer outras pessoas.”  
(ALEXANDRE, 2017, p.23)

A súmula vinculante 52 se aplica igualmente aos casos de imunidade das entidades educacionais e assistenciais sem fins lucrativos:

“Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art.150, VI, “c”, da Constituição Federal, desde que o valor dos

aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas”.

No Recurso Extraordinário junto ao STF, nº385091/DF, Relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 06/08/2013, questionou se pelo fato de um imóvel pertencente a uma instituição de ensino estar vago ou não edificado, a imunidade permaneceria mantida. Ao apreciar a questão, o STF entendeu que sim, pois apenas o simples fato de ainda não ser utilizado, não retira a garantia constitucional da imunidade tributária, desde que estejam atendidos os demais requisitos legais.

Outro fato interessante se deu em relação às entidades paraestatais: SESC, SESI, SENAI, SEBRAE E SENAC, conhecidas como “Sistema S”, que são pessoas jurídicas de direito privado criadas por autorização legislativa e ligadas à estrutura sindical, que colaboram diretamente com o Estado através do desempenho de atividades não lucrativas e de interesse social.

No Recurso Extraordinário 470520/SP, relatoria do Ministro Dias Toffoli, o STF entendeu que as entidades do “chamado Sistema S” usufruem da imunidade tributária, pois promovem cursos para inserção de profissionais no mercado de trabalho, sendo consideradas instituições de educação e assistência social. Assim, no caso do terreno, já discutido nesse estudo, deverá também incidir a imunidade quando o imóvel for destinado às suas atividades essenciais.

As instituições do “sistema S” prestam atividades consideradas pela doutrina como de “utilidade pública”, embora não sejam considerados serviços públicos em si, atuam ao lado do estado para o desempenho desse papel.

Na mesma linha, uma instituição de assistência social apresentou requerimento administrativo junto à Secretaria de Fazenda do DF para que passasse a gozar da imunidade tributária prevista no art.150, VI, “c”, da CF/88. A autoridade fiscal exigiu a apresentação de uma série de documentos, dentre eles um “certificado de entidade beneficente de assistência social”, expedido pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome, nos termos da lei 12101/2009. Como a instituição não conseguiu obter o certificado, ajuizou ação contra o DF requerendo que fosse reconhecido que ela atendia os requisitos da CF/88 e do art.14 do CTN para obter a imunidade tributária. Na ação, foi realizada perícia contábil na instituição e o laudo pericial concluiu que a autora preenchia os requisitos técnico contábeis previstos no art.14 do CTN. Nesse caso, a instituição obteve o direito à imunidade tributária, uma vez que comprovou, através de perícia contábil, que atende os requisitos do art. 150, “c” da CF/88 e do art. 14 do CTN, mesmo que não tinha obtido o documento exigido, pois condicionou-se a concessão da imunidade à apresentação de certificado, sendo que o fato já restava



incontroverso em razão da realização da perícia. (STJ. 1ª Turma. AgRg no AREsp 187.172 – DF, Rel. Min Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 18/2/2014, apud Cavalcante, 2017, p. 843).

Outro interessante caso relacionado às entidades beneficentes se refere a venda de bens e o pagamento de ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços).

“O ICMS é tributo indireto. Todo o seu ônus econômico-financeiro é transferido para o consumidor que, ao pagar o preço da mercadoria, paga também o valor do imposto que naquele preço se acha embutido.

Para alguns, como a entidade imune, ao vender a mercadoria, não sofre qualquer encargo direto no seu patrimônio, a venda não estaria abrangida pela imunidade. O STF, na contramão desse raciocínio, entendendo que a não aplicação da imunidade acabaria por onerar os preços praticados pelas entidades assistenciais, diminuindo-lhes a competitividade do mercado, reconheceu que as vendas estariam inseridas dentro do contexto da regra protetiva. Aqui um importantíssimo alerta. Nos casos diametralmente opostos, em que o adquirente imune acaba por sofrer o encargo relativo ao tributo indireto, o STF não tem reconhecido como aplicável o benefício da imunidade, O Tribunal teve a oportunidade de analisar a matéria ao se debruçar sobre um caso em que o Serviço Social da Indústria - SESI invocou a imunidade tributária para se livrar do dever de pagar o ICMS relativo à aquisição de feijão vendido por contribuinte localizado no Estado de São Paulo. Como é sabido, se um comerciante vende determinada mercadoria, ocorre o fato gerador do ICMS, cujo sujeito passivo (contribuinte) é o alienante. No entanto, nos termos da legislação do Estado de São Paulo, cumpria ao adquirente (SESI), na condição de responsável tributário, fazer o recolhimento do imposto (...). Ora, conforme visto, mesmo em se tratando de tributo indireto (como é o caso do ICMS), o STF reconhece a aplicação da imunidade em benefício do contribuinte de direito (comerciante) e não em favor do contribuinte de fato (adquirente, que sofre o encargo do tributo). No entanto, no caso ora analisado, o STF afirmou ser irrelevante investigar quem suportaria a carga tributária para estabelecer o alcance da imunidade, "na medida em que

existiria um contribuinte de direito, que seria o produtor-vendedor, descabendo estender-lhe o benefício, se ele não gozar da imunidade" (STF, 2ª Turma,

RE 202-987/SP, ReL Min, Joaquim Barbosa, j, 30.06.2009, *DJe* 25,09,2009, p, L021). Assim, foi mantida a obrigação do SESI de recolher, como responsável tributário, o ICMS cujo contribuinte era determinado comerciante. Perceba-se, por conseguinte, que o ente imune pode ser legalmente nomeado responsável pelo pagamento de tributo, existindo, inclusive, hipóteses em que, na prática) ele acabará sendo onerado por tal gravame. Em suma, devem ser diferenciadas as seguintes situações: a) Se o contribuinte de direito goza de imunidade pessoal, tem-se por aplicável o benefício constitucional mesmo nos casos em que o encargo econômico do tributo iria naturalmente recair sobre outra pessoa (contribuinte de fato). Ver STF, Tribunal Pleno, RE 186,175-Edv-ED, Rei. Min, Ellen Gracie, j, 23,08,2006, *DJ* 17-11-2006, p, 48; b) Mesmo que o contribuinte de fato goze de imunidade pessoal, o benefício não será aplicável no que concerne às hipóteses em que o tributo tenha como contribuinte de direito uma pessoa não imune. Nestes casos, não há qualquer vedação a que o ente imune seja nomeado responsável pelo pagamento do tributo devido, podendo até mesmo vir a assumir o encargo econômico da exação. (Ver STF, 2.ª Turma, RE 202.987/SP, Rei. Min. Joaquim Barbosa, j, 30.06.2009, *DJe* 25.09.2009, p. 1.021)". (ALEXANDRE, 2017, p. 226/227).

Mais uma controvérsia importante que foi levada aos tribunais superiores, se refere às entidades de previdência privada. Essas entidades, quando fechadas, são destinadas apenas aos beneficiários do sistema (ente ou empresa) quando inativos. O objetivo central é complementar os proventos de aposentadoria que serão pagos pelo Regime Geral de Previdência Social. São os denominados "fundos de pensão" e não tem fins lucrativos.

Já as entidades de previdência privada aberta, são aquelas que qualquer pessoa pode contratar junto a uma instituição financeira. Quanto a essas, que possuem finalidade lucrativa, a imunidade tributária, de fato não se estende.

A dúvida pairava sobre o alcance da imunidade tributária às entidades de previdência privadas fechadas. Existem raros casos em que essas entidades são

custeadas exclusivamente pelo empregador, sem a contribuição de seus empregados.

Já em outras, os funcionários da empresa efetivamente contribuem para fazer jus ao benefício. O assunto foi pacificado com a edição da súmula 730 do STF que nos diz: "Somente as entidades fechadas de previdência social privada nas quais não há contribuição dos beneficiários gozam de imunidade tributária".

Pelo exposto acima e pela análise dos julgados trazidos, fica evidente que a interpretação do dispositivo se dá no sentido de amparar essas instituições em razão da relevância de suas atividades prestadas à sociedade.

#### 2.2.4. A Imunidade tributária cultural

A imunidade tributária cultural está prevista no artigo 150, inciso VI, alínea "d" da Constituição Federal e prevê que "os livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão gozam de imunidade tributária quanto aos impostos". É denominada pela doutrina como "imunidade tributária cultural ou de imprensa".

Essa espécie de imunidade tem o condão de facilitar o acesso à cultura, através da não instituição de impostos sobre os objetos enumerados, relacionada diretamente a liberdade de expressão e livre manifestação do pensamento, que são valores fundamentais ao legislador constitucional.

O Min. Dias Toffoli, em rico voto no RE 330817/RJ, aponta as razões históricas que motivaram a previsão desta imunidade.

No período histórico conhecido como Estado Novo (1937 a 1945), o Governo cobrava elevados impostos dos jornais que divulgavam ideias contrárias ao regime quando ocorria a importação de papéis. Por outro lado, concediam benefícios fiscais aos jornais partidários do Governo, constituindo uma forma de censura indireta.

A Constituição Federal de 1946, com o intuito de acabar com este controle estatal da imprensa, conferiu imunidade tributária ao "papel" e, além disso, com o objetivo de estimular a produção editorial, também estendeu esta imunidade para os livros.

A Constituição Federal de 1967 manteve a imunidade, prevendo que era vedado criar imposto sobre "o livro, os jornais e os periódicos, assim como o papel destinado à sua impressão", e a Constituição Federal de 1969 (para alguns, apenas uma Emenda Constitucional à CF/67) manteve a imunidade, com pequena alteração em seu texto. Finalmente na Constituição Federal de 1988, a imunidade cultural é

também expressa, com a intenção evidente de proteger a liberdade de expressão aliada a outros valores fundamentais.

A imunidade cultural é classificada com objetiva (ou real). Isso porque, recai apenas sobre bens (livros, jornais, periódicos e o papel) e não se refere a impostos pessoais, e independe da pessoa que os produza ou comercialize: está relacionada ao objeto.

Ao afirmar que o dispositivo busca baratear o acesso à cultura e proteger os valores de livre manifestação do pensamento, emerge o questionamento sobre a relevância do conteúdo dos livros, jornais e periódicos para que façam jus a imunidade tributária. Assim, o STF se manifestou no Recurso Extraordinário 221.239/SP no seguinte sentido:

“Álbum de figurinhas”. Admissibilidade. A imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação. O Constituinte, ao instituir esta benesse, não fez ressalvas quanto ao valor artístico ou didático, à relevância das informações divulgadas ou à qualidade cultural de uma publicação. Não cabe

ao aplicador da norma constitucional em tela afastar este benefício fiscal instituído para proteger direito tão importante ao exercício da democracia por força de um juízo subjetivo acerca da qualidade cultural ou do valor pedagógico de uma publicação destinada ao público infanto-juvenil” (STF, 2ª T., RE 221.239/SP, Rei. Min. Ellen Gracie, j. 25.05.2004, DJ 06.08.2004, p. 61).

Vale lembrar que o papel utilizado para a impressão de livros, jornais e periódicos também é imune, não sendo relevante a sua qualidade. No entanto, a imunidade não alcança os insumos para a produção de livros, que não seja o papel, a exemplo do barbante, cola, etc. Esse questionamento levou a edição da súmula 657 do STF: “a imunidade

Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal também considerou que o sentido de livro deve ser entendido em sentido amplo, incluindo portanto, os manuais técnicos e apostilas, que são entendidos como um “veículo de transmissão e cultura simplificado”.

Outra controvérsia sobre a imunidade cultural se relacionava as formas de apresentação de livros e demais objetos:

“A partir do ano de 2009 surgiram decisões mais claras do Supremo Tribunal Federal expressamente afirmando que, como a mídia que dá suporte físico ao livro eletrônico (CD-ROM ou outra) não se confunde nem pode ser assimilada a papel, a imunidade não está configurada (RE 416.579/RJ).

O problema é que, nos dias atuais, o mundo passa por uma rápida disseminação dos livros em meio eletrônico (*e-books*), o que deve justificar uma evolução na jurisprudência da Suprema Corte, sob pena de frustrar o objetivo que presidiu a elaboração da regra imunizante ora estudada, qual seja, baratear a difusão da cultura e do pensamento. Ao que parece, o mais adequado seria entender que o livro, o jornal e o periódico são imunes, não importando a forma de apresentação. Se for adotada a forma tradicional em papel, este também será imune. Há de se separar o livro (informação) do seu suporte físico (papel, *CD-ROM*, *e-reader* etc.), de forma a imunizar todos os livros, mas apenas um suporte físico (papel). Nessa linha, a aquisição do leitor eletrônico (*e-reader*) não deve ser considerada imune, mas a aquisição do livro eletrônico, mediante *download* ou outra forma qualquer, deve ser considerada insuscetível de tributação (ALEXANDRE, 2017: p.234/235).

A tecnologia trouxe outras possibilidades de acesso à cultura, não se restringindo mais a literalidade do artigo constitucional:

“Segundo afirmou o STF, a imunidade do art. 150, VI, “d”, da CF/88 não abrange apenas os livros produzidos pelo “método gutenberguiano”.

Antes de prosseguir na explicação do julgado, é importante esclarecer uma curiosidade: Johann Gutenberg foi um alemão que, no século XV, teria inventado (ou aperfeiçoado) a máquina de impressão tipográfica. Antes dele, os livros eram todos manuscritos. Assim, o primeiro livro impresso do mundo foi feito na máquina desenvolvida por este alemão. Trata-se de uma Bíblia em latim, que ficou historicamente conhecida como a “Bíblia de Gutemberg”.

Desse modo, quando o STF fala em livro produzido pelo “método gutenberguiano”, o que ele está querendo dizer é livro impresso.

Voltando ao julgado.

O livro pode ser veiculado em diversos tipos de suporte, seja ele tangível (ex: papel) ou intangível (ex: digital). Aliás, no passado, os livros já foram feitos de diferentes materiais: entrecasca de árvores, folha de palmeira, bambu reunido com fios de seda, placas de argila, placas de madeira, pergaminho (proveniente da pele de carneiro) etc.

Isso tudo nos leva à conclusão de que o papel é apenas um elemento acidental no conceito de livro.

Quando se fala que algo é um elemento acidental, isso significa que ele pode existir ou não. Ao contrário, quando se diz que algo é um elemento essencial, obrigatoriamente ele tem que estar presente.

O papel é um elemento acidental (e não essencial) do conceito de livro. Em outras palavras, existe livro mesmo sem papel.

Nas palavras do Min. Dias Toffoli: “o suporte das publicações é apenas o continente (“corpus mechanicum”) que abrange o conteúdo (“corpus mysticum”) das obras e, portanto, não é o essencial ou o condicionante para o gozo da imunidade.”

O fato de os livros eletrônicos permitirem uma maior capacidade de interação com o leitor/usuário (a partir de uma máquina), em comparação com os livros contidos nos códices (livros impressos em papel), não é motivo para se negar a eles a imunidade tributária. O aumento dessa interação é natural e está ligado ao processo evolutivo da cultura escrita trazendo novas funcionalidades como a busca de palavras, o aumento ou a redução do tamanho da fonte etc. Além disso, o usuário pode carregar consigo centenas de livros armazenados no leitor digital. Isso tudo facilita a difusão da cultura. (CAVALCANTE, 2017, disponível em <http://www.dizerodireito.com.br/2017/03/os-livros-eletronicos-gozamde.html>)



Embora houvesse evidente divergência sobre o assunto anteriormente, o Supremo Tribunal Federal em decisão recente, pacificou o entendimento de que os livros em formato digital estão abrangidos pela imunidade, colocando fim a discussão jurisprudencial:

“A imunidade tributária constante do art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal (CF), aplica-se ao livro eletrônico (“e-book”), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo”. (STF. Plenário. RE 330817/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 8/3/2017, repercussão geral - Info 856).

O STF afirmou que a imunidade tributária aplica-se ao livro eletrônico e aos “suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo”, o que não se aplica aos “smartphones”, “tablets” ou “laptops”, pois não podem ser considerados suportes utilizados exclusivamente para fixar um livro eletrônico. Ao contrário, tais aparelhos possuem centenas de funcionalidades e a leitura de livros digitais neles é apenas uma das possibilidades, podendo até mesmo ser considerada secundária.

Quanto aos jornais, os mesmos também gozam de imunidade, mesmo que contenham publicidade em seu corpo (anúncios, classificados, etc.), considerando que constitui fonte de renda necessária para continuar a difusão da cultura. No entanto, os folhetos separados contendo publicidade não são considerados parte integrante do jornal, e não estão abrangidos pela imunidade.

Na mesma linha de raciocínio, os veículos de publicidade, de caráter predominantemente comercial, e o papel utilizado para a confecção da propaganda não estão abrangidos pela imunidade, uma vez que não atendem aos conceitos constitucionais de livro, jornal ou periódico contido nessa norma.

No que se refere as listas telefônicas, o STF também as considerou imunes, aplicando a elas o disposto no texto constitucional. Para o tribunal, a imunidade prevista em prol de livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, ostenta caráter objetivo e amplo, alcançando publicações veiculadoras de informações genéricas ou específicas, ainda que desprovidas de caráter noticioso, discursivo, literário, poético ou filosófico. No acórdão:

“O fato de as edições das listas telefônicas veicularem anúncios e publicidade não afasta o benefício constitucional da imunidade. A inserção visa a permitir a divulgação das informações necessárias ao serviço público a custo zero para os assinantes, consubstanciando acessório que segue a sorte do principal” (STF, 2ª T., RE 199.183/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.04.1998, DJ 12.06.1998, p. 67).

Sabe-se que os serviços de distribuição de livros, papéis, periódicos, etc., também possibilita a difusão dos meios de expressão de cultura. No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a distribuição de periódicos, revistas, publicações, jornais e livros não está abrangida pela imunidade tributária da alínea “d” do inciso VI do art. 150 da CF/88. (CAVALCANTE, 2017).

Mais um julgado que merece ser destacado se refere as prestadoras de serviço de composição gráfica. Segundo o STF, as prestadoras de serviços de composição gráfica, que realizam serviços por encomenda de empresas jornalísticas ou editoras de livros, não estão abrangidas pela imunidade tributária, prevista no art. 150, VI, “d” da CF. As empresas que fazem composição gráfica para editoras, jornais, etc., são meras prestadoras de serviço, e por isso, a elas não se aplica a imunidade tributária. (CAVALCANTE, 2017).

#### 2.2.4.1 Imunidade Tributária da Música Nacional

A Imunidade que será tratada nesse tópico se refere a obras musicais nacionais, e buscou atenuar a barreira econômica que existe sobre o produto original, aumento o acesso à cultura das classes menos favorecidas. A redação dessa alínea foi introduzida pela Emenda Constitucional nº75/2013, cuja redação nos diz:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...)

VI – instituir impostos sobre:

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros bem como os suportes materiais ou arquivos digitais e os contêm, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser”.

Nota-se que os motivos da concessão dessa imunidade estão relacionados ao combate à pirataria. No entanto, esse dispositivo recebe várias críticas por parte da doutrina, a exemplo de Ricardo Alexandre:

“Ao que parece, quanto a este aspecto, foi mais feliz o legislador constituinte originário quando, ao imunizar livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, o fez sem excluir as publicações estrangeiras, algo bem mais

consentâneo com a ideia subjacente de propiciar a difusão da cultura e a manifestação do pensamento livres de encargos tributários.

Mesmo que se admita como legítimo o combate somente à pirataria que atinja as produções com algum elemento de conexão nacional, há o risco de a própria desoneração tributária acabar por facilitá-la. Esse efeito paradoxal poderá se verificar com a perda de parte do interesse dos órgãos de fiscalização na matéria, pois, se o produto original deixou de colaborar com os comemorados recordes de arrecadação, talvez o esforço fiscal seja canalizado para operações mais rentáveis em termos arrecadatórios. A isso se soma o fato de que a estimada redução de até 25% dos preços dos CDs, DVDs e Blu-rays, caso confirmada, ainda manterá bastante distante a diferença de preço entre o produto pirata e o original. Paira também sobre a novidade a crítica relativa à existência de produtos de essencialidade bem mais acentuada que CDs, DVDs e Blu-rays, cuja necessidade de desoneração é bem mais premente, porém ainda não atendida pelo Poder Público, como é o caso dos medicamentos." (ALEXANDRE, 2017, p. 235/236).

A Lei de Direitos Autorais, nº 9610/98, traz a conceituação de fonogramas no artigo 5º, inciso IX, e conceitua fonograma como "toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual". Depreende-se do conceito que se trata de toda obra que contenha música. O videofonograma não tem conceituação legal, mas podemos considerar como sendo o arquivo que apresenta música e vídeo.

Para que faça jus a imunidade, é necessário ainda que essas obras sejam produzidas no Brasil, sem exceção, o que justifica as críticas do Autor trazidas acima. O fato de serem necessários autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros constitui um requisito subjetivo, aliado ao requisito objetivo já enumerado.

Pela redação do artigo, não há dúvidas que também são imunes todos os suportes materiais necessários a essa replicação, não existindo margem para discussão, como no caso dos livros, jornais, etc., relacionados no inciso anterior.

Em relação a parte final do dispositivo, “salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser”:

“A ressalva final do dispositivo foi inserida na tentativa de arrefecer a insatisfação do Estado do Amazonas com o fato de que a imunidade aplicada nacionalmente retiraria a exclusividade do benefício existente na Zona Franca de Manaus. Realmente, as indústrias responsáveis pela replicação das mídias digitais somente mantêm suas sedes em Manaus, e não em locais mais próximos dos maiores centros consumidores, em virtude dos benefícios fiscais exclusivos da Zona Franca. A existência de benefício de caráter nacional com extensão semelhante poderia, portanto, resultar em perda de postos de trabalho na Zona Franca.

Para minorar o problema, foi inserida no texto da nova alínea a ressalva ora estudada. Há de se registrar, contudo, que o Estado do Amazonas reclama que somente foi excluída da imunidade a replicação industrial, mas não a distribuição das mídias digitais, de forma que o Estado ainda corre sérios riscos de perda de postos de trabalho.

Perceba-se que a ressalva ora estudada não se aplica ao vinil, que não é mídia óptica, de forma que sua replicação industrial é abrangida pela imunidade. Sobre esse aspecto, relembramos que o Brasil sedia a única fábrica da América Latina que produz a mídia, a Polysorn, em Belford Roxo/RJ.” (ALEXANDRE, 2017: p. 237/238).

Pelo exposto acima, nota-se uma finalidade muito específica que o legislador buscou atingir, protegendo os benefícios fiscais da Zona Franca de Manaus para a permanência das indústrias nesse local, pois caso os benefícios fiscais não existissem, é possível que as grandes indústrias migrassem para outros locais, mais próximos dos grandes centros consumidores.

Vale lembrar que, assim como os demais dispositivos do artigo 150, inciso VI, essas imunidades se referem apenas aos impostos, incidindo portanto, outras espécies de tributos, como o PIS, COFINS, etc.

### 2.3 Outros julgados sobre a imunidade tributária

Como já exposto anteriormente, as obrigações tributárias se dividem em principais, que constituem o dever de pagar o tributo ou penalidade pecuniária, e acessórias, que se relacionam a obrigações de fazer positivas ou negativas.

No Recurso Extraordinário nº 250844/SP, Rel. Min. Marco Aurelio em 29/05/2012, o STF se manifestou no sentido de que as entidades que gozam de imunidade tributária, embora dispensadas das obrigações principais, tem o dever de cumprir as obrigações acessórias, mantendo os livros fiscais, por exemplo. No direito tributário, o descumprimento das obrigações acessórias enseja sua conversão em obrigação principal, conforme preconiza o artigo 113, §3º do CTN: “A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária”. Sendo assim, caso o ente descumpra determinada obrigação acessória, não estará dispensado de eventual penalidade pecuniária decorrente da inobservância de uma prestação de positiva ou negativa, de fazer ou não fazer.

Outro questionamento que também foi levado ao Supremo Tribunal Federal, se deu em relação a determinação do artigo 146, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal, que determina que a Lei Complementar deve estabelecer adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. No entanto, a expressão “adequado tratamento tributário” não significa que essas instituições estejam imunes ao recolhimento de tributos. Tanto é verdade que a lei complementar 123/2006 em seu artigo 12 e seguintes, dispõe sobre o recolhimento tributário através do chamado “Simples Nacional”. Embora haja um procedimento mais simplificado e célere, não significa que houve imunidade em relação às cooperativas (STF.2ª Turma. AI 740269 AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 18/09/2012).

Em relação a Constituições Estaduais, o STF também declarou que a Constituição Estadual não pode prever imunidade tributária para tributos estaduais e municipais incidentes sobre veículos de radiofusão, declarando assim a inconstitucionalidade de tais disposições no âmbito estadual (STF. Plenário. ADI 773/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 20/08/2014 – Info 755).

Inúmeros julgados são constantemente publicados em relação às imunidades tributárias, sendo necessário ao operador do direito, o constante acompanhamento e atualização, em razão das frequentes mudanças de interpretação e aplicação desses institutos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, nota-se que, uma característica constante percebida durante a realização da pesquisa, é que os Tribunais Superiores frequentemente

realizam interpretações distintas em relação às situações apresentadas, ultrapassando a literalidade da lei. Um exemplo exposto nesse estudo se deu em relação à situação peculiar da empresa de Correios e Telégrafos, que, mesmo sendo uma empresa pública, foi beneficiada com a imunidade tributária pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, é fundamental que as análises sejam realizadas em relação a cada situação concreta, e não somente na perspectiva do que está expresso na literalidade do texto constitucional.

Resta evidente a necessidade de atualização e acompanhamento dos julgados por parte dos operadores do direito, possibilitando a correta e atual aplicação desses institutos no cotidiano forense.

Pelo estudo realizado, conclui-se que as normas das imunidades tributárias se relacionam diretamente a direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal, consistindo em um importante instrumento de efetivação de princípios, como a liberdade de expressão, religiosa, de manifestação política, dentre outros valores caros ao constituinte.

Em razão de se encontrarem dispersas em todo o texto constitucional, faz-se necessária a análise da situação concreta para a verificação das imunidades, sua aplicabilidade, abrangência, etc.

Embora existam algumas divergências sobre os fundamentos de sua existência, prevalece o entendimento de que as imunidades tributárias visam proteger valores fundamentais do Estado. Nesse sentido Sevegnani:

“Outro fato relevante para a compreensão do tema e que ainda é matéria controversa, diz respeito às razões que fundamentam as imunidades tributárias, variando entre aquelas que as justificam sob a ótica jurídica e os que as vislumbram como poderoso instrumento extrafiscal que objetiva o bem-estar social, a proteção dos direitos e liberdades do cidadão, dentre outros valores de substancial importância para a manutenção do Estado.

Para Yoshiaki Ichihara, as imunidades tributárias não se fundam em valores ideológicos, sociais, econômicos ou não jurídicos, cabendo ao operador do direito interpretá-las com os argumentos jurídicos, mediante os instrumentos, as regras e as diretrizes fornecidas pela ciência do direito.

Ao se contrapor, Bernardo Ribeiro de Moraes esclarece que “ao lado da busca de recursos públicos para o Estado



(finalidade fiscal), a Constituição assegura certos valores e preceitos básicos do regime político (finalidade extrafiscal).” (SEVEGNANI, 2006, p. 324).

Em razão da pesquisa realizada para a elaboração do presente estudo, concluímos que relacionar as imunidades tributárias a situações puramente jurídicas é posição minoritária dentre os estudiosos do assunto. O direito constitucional e seus valores devem permear toda a atuação e interpretação do direito, não sendo razoável reduzir a aplicação desse instituto a uma razão simplesmente legal.

No que se refere ao alcance dessas normas, a interpretação mais adequada nos parece aquela que atinja um significado ampliativo, ou seja, proporcionando uma amplitude de sua eficácia, não sendo adequado que seja interpretada restritivamente, em razão do contexto democrático e pelos demais valores constitucionais. Assim, ao interpretar a norma, o hermenauta não pode restringir o alcance de seus postulados, ao contrário, deve interpretá-la no sentido de lhe conferir a maior eficácia possível.

Tamanha é a importância do tema tratado, que a maioria dos autores pesquisados consideram a imunidade tributária um princípio constitucional. Conforme Sevegnani:

“Os comentários até aqui apresentados possibilitam avaliar se as imunidades se caracterizam como regras ou como princípios. Para Bernardo Ribeiro de Moraes, “sem dúvida, a imunidade tributária é um princípio constitucional que veda às entidades tributantes instituírem impostos sobre certas pessoas, bens, coisas, fatos ou situações, considerados relevantes à sociedade e ao Estado”, titulando-o como o *Princípio Constitucional de Vedação Impositiva*, ligado à estrutura política, social e econômica do país. Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal, como instância máxima de julgamento das questões constitucionais, também ao se manifestar sobre imunidades, frequentemente, as tem qualificado como princípio”. (SEVEGNANI, 2006: p. 340).

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de conceber a imunidade tributária enquanto princípio, conforme exemplificado nesse estudo. Pelas análises realizadas no presente estudo, concordamos com o posicionamento acima exposto.

Afirmar que as imunidades tributárias são princípios constitucionais significa afirmar que a sua transgressão implica em conduta mais grave do que a simples violação da norma, atingindo todo o sistema jurídico.

No que se refere a distinção entre normas e princípios, a doutrina se diverge em relação a conceituação de ambos. Tradicionalmente, afirma-se que o princípio possui uma maior carga valorativa, desempenhando papel fundamental na estrutura do ordenamento jurídico. Os clássicos doutrinadores como José Gomes Canotilho separam os princípios das regras pelo grau de abstração (princípios são normas com grau de abstração relativamente elevado); grau de aplicação no caso concreto (uma vez que são vagos e indeterminados necessitam de ações concretas); e são fundamentais em razão de sua posição hierárquica e usualmente fundamentam a existência das normas jurídicas.

Em contraposição a essa distinção elucida Sevegnani:

“Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre juristas se os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal, sempre obtenho animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo que servem as normas. E por que não deveriam ser normas?” (BOBBIO, 1996? p. 158 apud SEVEGNANI, 2006: p.330).

O Brasil é um país com uma elevada carga tributária, e não raro, o peso dos tributos recai majoritariamente sobre os mais pobres. A correção dessas distorções torna-se difícil, uma vez que depende em sua grande parte de iniciativas concretas e proposições legislativas e políticas. Nesse contexto, as imunidades tributárias emergem enquanto garantias mínimas aos cidadãos, protegendo alguns institutos jurídicos da incidência da tributação.

A interpretação da imunidade recíproca enquanto cláusula pétrea, por exemplo, enseja importantes desdobramentos. A existência das cláusulas pétreas está diretamente relacionada a proteção de valores e garantias mínimas, impedindo que um “clamor momentâneo” possa retirar ou restringir direitos mínimos fundamentais dos indivíduos.

Essa proteção através das cláusulas pétreas é comparada pela doutrina com a história de Ulisses e as sereias. Na Odisseia de Homero, Ulisses pretende navegar por uma região perigosa, na qual as sereias, com seu canto sedutor, atraíam o navegante para o fundo do mar, culminando em sua morte. Assim, Ulisses pede aos seus companheiros que o amarrem fortemente ao mastro e tapem seus ouvidos com cera para que consiga realizar a travessia. Ulisses tem êxito em sua empreitada. Assim, as cláusulas pétreas podem ser comparadas a atitude de Ulisses, buscando proteção em um momento de extremo risco. Infelizmente no momento histórico político atual, o Brasil parece atravessar o mar de Ulisses sem muitas precauções: reformas trabalhista, previdenciária e uma possível reforma tributária recebem inúmeras críticas por reiteradamente desrespeitarem direitos fundamentais.

No entanto, conceitualmente essas disposições constitucionais tratam-se de limitações materiais ao poder de reforma constitucional do Estado. A doutrina entende que essas cláusulas podem ser alteradas somente para aumentar e conferir mais direitos, mas jamais no sentido de suprimi-los.

Assim dispõe o artigo 60 da Constituição Federal:

“A Constituição Federal poderá ser emendada mediante proposta:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do presidente da República

III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se

aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§3º A emenda a Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos poderes

IV – os direitos e garantias individuais.

§5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Pela análise do artigo acima exposto, depreende-se que o mecanismo de emenda à Constituição Federal é mais dificultoso, justamente no intuito de que as alterações referentes a esses direitos sejam adequadamente discutidas. No parágrafo 4º, inciso I e III, que dispõe sobre a impossibilidade de emendas constitucionais tendentes a abolir a forma federativa de estado e a separação dos poderes, nota-se que a imunidade recíproca foi elevada a um princípio constitucional fundamental, conforme já exposto nesse estudo.

As imunidades tributárias também possuem viés de estreita ligação com a justiça da tributação, buscando que a oneração seja justa, de acordo com o contribuinte que será atingido. Na prática, nem sempre esse fato se torna possível em razão das inúmeras variáveis que se apresentam nas situações concretas. No entanto, entendemos que a justiça tributária deve ser uma busca constante no campo de atuação dos operadores do direito. Nesse sentido:

“O tema da justiça tributária é tratado na literatura econômica com as figuras da equidade horizontal e vertical. Na literatura jurídica esses conceitos correspondem aproximadamente ao que os juristas chamam de igualdade formal e material. De acordo com os princípios da equidade vertical e igualdade material, alguns indivíduos estão em posição de pagar tributos mais altos que os outros. Esses princípios tratam,

portanto, das exigências de justiça com relação a pessoas que estão em situação desigual. Surge então o problema de saber quem está em posição de pagar tributos mais altos, isto é, qual a desigualdade que deve ser tomada considerada para efeito do estabelecimento de tratamento desigual e quanto mais este que está em posição diferente deve pagar mais que os outros". (PESSOA, 2010: p. 4876).

É evidente que verificar a efetividade da justiça tributária é algo complexo, que perpassa pelo campo das políticas públicas, econômicas e sociais, tendo caráter eminentemente interdisciplinar:

"Do ponto de vista da avaliação da justiça na tributação, no entanto, esses critérios não podem ser considerados, em si mesmos, como corretos ou incorretos ou, ainda, como superiores um ao outro. Eles são apenas mecanismos para operacionalizar outros princípios existentes sobre o papel que o Estado deve desempenhar e sobre como ele deve arrecadar tributos para assim proceder. Na verdade, a discussão sobre a justiça na tributação desenvolve-se em um outro nível de abstração." (PESSOA, 2010: p. 4867)

Nesse sentido, as imunidades tributárias, aliadas a outros princípios constitucionais desempenham um importante papel de operacionalização do direito, delimitando uma margem de atuação ao Poder Público enquanto ente tributante arrecadador.

Assim, as imunidades tributárias, mesmo que estejam mais diretamente relacionadas ao campo do direito tributário, não podem ser interpretadas somente sob essa perspectiva:

"É que apesar das imunidades estarem relacionadas ao direito tributário, não podem ser avaliadas somente sob esse prisma, porque o direito tributário tem seu campo de atuação tracejado pela competência tributária, onde se viu, as situações imunizadas não fazem parte. É o caso da imunidade de taxa para o exercício do direito de petição e obtenção de certidão, em que o propósito almejado é a facilitação dos meios de acesso aos poderes públicos, como forma de garantir o exercício da cidadania. De fato, a gratuidade destes serviços, reduz os obstáculos que o cidadão encontra, ao exigir as providências necessárias para que possa exercer os

seus direitos. Por isso, qualifica-se como importante prerrogativa de caráter democrático e garantidora dos direitos fundamentais do cidadão. Nesse contexto, qualquer tentativa de restringir o seu conteúdo na Constituição, ofende, na essência, os valores que lhe dão sustentação” (SEVEGNANI, 2006: p. 325).

Os frequentes questionamentos sobre o assunto nos tribunais superiores ocorrem em razão das diversas situações reais que ensejam dúvidas na efetiva aplicação das imunidades tributárias: o desempenho ou não de serviços públicos, a afetação dos bens às finalidades essenciais, etc.

Os exemplos expostos, evidenciam esse caráter protetivo, como o caso dos imóveis pertencentes às entidades religiosas. Os questionamentos, frequentemente levados à apreciação dos tribunais superiores, ensejam a uniformidade da interpretação e evidente aplicação do princípio em favor das instituições beneficiadas, pois temos o constante conflito entre a necessidade de arrecadação tributária do Estado e a proteção dos valores constitucionais.

No entanto, essas interpretações e aplicações das imunidades tributárias não devem se restringir apenas à apreciações de adequação e legalidade exercida pelos tribunais superiores: faz-se necessário o constante estudo e aprofundamento dos profissionais do direito sobre o tema, no intuito de efetivar a aplicabilidade nos casos concretos de maneira justa e equilibrada, ultrapassando a simples adequação do caso à lei, totalmente desprovida de avaliação crítica.

Assim, o presente estudo buscou traçar um panorama sobre o assunto, com os principais julgados, súmulas e aspectos doutrinários, chamando a atenção para a constante mutação do tema e seus desdobramentos, bem como sua importância no cotidiano do operador do direito tributário, que deve atuar no intuito de promover os valores constitucionais da justiça e a igualdade social.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, RICARDO. Direito Tributário – 11ª ed. – Salvador: Editora Juspodvm, 2017.

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro – 15ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária - 6ª ed., 9ª tiragem – Malheiros Editores – São Paulo - 2009.



BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro* – 10ª edição – ed. Forense, Rio de Janeiro, 1981.

BARROS, Paulo Carvalho de. *Curso de Direito Tributário* – 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 12ª tiragem. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História constitucional do Brasil*. 4.ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito*. 2ª edição. Salvador: Juspodvm, 2017.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DANELI FILHO e PILAU SOBRINHO. *As Constituições Brasileiras e a Imunidade Tributária dos Templos de qualquer culto*. XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza: 2010.

FISHMAN, Roseli. *Ciência, Tolerância e Estado Laico*. Revista Ciência e Cultura, v.60, São Paulo, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

PÊSSOA, Leonel Cesarino. O Princípio do Benefício como critério de justiça tributária: as diferentes interpretações. Disponível em <[www.publicadireito.com.br](http://www.publicadireito.com.br)>, 2010.

SEVEGNANI, Joacir. *A interpretação das imunidades tributárias segundo a concepção normativa de Ronald Dworkin, Robert Alexy e J.J.Gomes Canotilho*. Revista Eletrônica de Direito e Política, Itajaí, v.1, n.1, 2006. Disponível em [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica).

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Brasil, Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

## **O MÉTODO DE PARETO APLICADO EM INVESTIGAÇÕES DE CRIMES DE ROUBOS: CONCEITUAÇÃO CRIMINOLÓGICA E ESTUDO DE CASO DA GESTÃO DE UMA UNIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA**

### **BRENO EDUARDO CAMPOS ALVES:**

Delegado de Polícia Civil do Estado do Tocantins; Graduado em Direito pela PUC-MINAS; Pós-graduado em Direito em Administração Pública; Pós-Graduado em Ciências Criminais.

**RESUMO:** Trata-se o presente artigo de uma análise sobre algumas das técnicas procedimentais policiais utilizadas em investigações de crimes de roubos, remontando sua metodologia e inserção no processo investigativo de polícias judiciárias, descrevendo panoramas tradicionais e contemporâneos. Após, o prisma se apontará para a construção de um método de gestão de uma unidade policial voltada à apuração de crimes de roubos, o qual, vinculado às práticas comuns, se demonstrará ser de auxílio às atividades policiais investigativas, sobretudo em delegacias especializadas, sendo denominado de "*método de pareto*". Por fim, traçaremos digressões sobre a utilização do referido método em uma unidade policial (estudo de caso), comparando efeitos, resultados e eficiência.

**Palavras-chaves:** Investigação. Gestão. Método de Pareto

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O crime de roubo. 3. A investigação criminal. 3.1 Técnicas e procedimentos tradicionais em investigações de crimes de roubo. 3.2 Técnicas e procedimento contemporâneos em investigações de crimes de roubo. 4. A proposta de um método de gestão policial em segurança pública. 4.1 A virada do enfoque investigativo. 4.2 Fundamentos do método. 4.3 Método de pareto. 4.4 Aplicação do método de pareto. 4.5 Eficiência Administrativa. 5. Estudo de caso. 5.1 Araguaína e crimes de roubo. 5.2 Análise da aplicação do método tradicional de gestão. 5.3 Análise da aplicação do método de pareto como método de gestão de uma unidade policial. 5.4 Da comparação da aplicação dos modelos. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo irá, em primeiro momento, discorrer em linhas gerais sobre o crime de roubo, conceituando-o e alocando o tipo penal em seu critério histórico, contextualizando-o com sua incidência no Brasil. Após, em um segundo momento, discorreremos sobre a investigação criminal, apontando as técnicas e procedimentos tradicionais e contemporâneas em investigações desta estirpe delitiva.

Depois, em um quarto momento, apresentaremos um modelo de gestão policial com foco ao aumento de resolução de crimes de roubos (apurações), sendo este voltado na aplicação de um método de gestão denominado método de Pareto.

Adiante, em um quinto momento, será apresentado um estudo de caso da aplicação do modelo acima apontado, realizando uma comparação com um período de não aplicação, chegando a uma síntese.

Por fim, serão elencadas algumas considerações sobre o estudo e sua aplicabilidade.

## 2. O CRIME DE ROUBO

Previsto atualmente no Código Penal Brasileiro, no capítulo II do título II, o qual relaciona os crimes que atentam contra o patrimônio, o crime de Roubo em *lato sensu* engloba diversas condutas na extensão do artigo 157 do respectivo diploma legal. As penas para crimes de Roubo, dadas as circunstâncias que agregam à conduta de subtrair de outrem algo mediante grave ameaça ou violência, variam de um mínimo de 04 (quatro) anos chegando a um patamar de no máximo de 30 (trinta) anos, maior limite estipulado a um crime na legislação brasileira.

Trata-se de figura típica construída desde os primeiros ordenamentos jurídicos do mundo, sendo que sob o seu espectro histórico temos, no *Código de Hamurabi*, datado de 1780 a.C, uma das mais antigas legislações do mundo da qual se tenha conhecimento, a previsão de uma reprimenda (pena) em casos de roubo. Nesta legislação, em seu §22 havia a previsão: "*Se um awilium cometeu um assalto e foi preso: esse awilium será morto*" (2019). A palavra "*awilium*" significa homem livre e o termo assalto (*habātum*), ambos na língua acádica se refere a assaltos à mão armada.

No desenvolver da história policial brasileira, as Polícias Cíveis se estruturaram em atenção aos crimes contra o patrimônio, criando unidades especializadas geralmente denominadas "*Furtos e Roubos*". A Polícia Civil do Distrito Federal, por exemplo, ainda mantém em sua estrutura organizacional a unidade DRRF - Divisão de Repressão aos Furtos e Roubos dentro da CORPATRI - Coordenadoria de Repressão aos Crimes Patrimoniais.

Com o passar dos anos, dada a evolução das atuações criminais, ou seja, a especificação de condutas que envolvam esta estirpe de crime, unidades com maior especialização (recorte de atribuições) foram criadas, tendo em vista a capacitação organizacional que os criminosos adquiriram ao longo dos anos. Assim, houve a criação de delegacias com especialização na apuração de crimes de roubos

de carga, outras com especialização na apuração de crimes de roubos a banco, roubos e furtos de veículos, sendo que, no Estado de Goiás, houve a criação da DERCR - Delegacia Especializada na Repressão a Crimes Rurais, a qual tem entre as atribuições a apuração dos crimes de roubo de gado.

O Ministério da Justiça (2019), em levantamento estatístico publicado no mês de agosto/2019, revelou que no primeiro trimestre de 2019 ocorreram no Brasil 160 crimes de roubos a instituições financeiras, 3.680 roubos de cargas, 46.844 roubos de veículos, 388 roubos seguidos de morte (latrocínios), números que denotam-se, pelo extrato colacionado, que o Brasil aponta largas cifras para crimes de roubo, ressaltando a importância desta espécie de delito para o entendimento da criminalidade brasileira.

### **3. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

Em uma posição simplista, temos que a investigação policial é o conjunto de técnicas e procedimentos que tem por finalidade esclarecer as circunstâncias de fatos criminosos, angariando indícios de autoria e materialidade delitiva, concluindo-se em um processado administrativo.

Aury Lopes Junior ao conceituar a investigação criminal leciona que:

[...] conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não-processo. (2013, p. 256)

Neste ponto, importante ampliar o conceito, pois não há que se falar em processado de perfil estático, ou procedimento pré-determinado, mas sim, dinâmico, o que gera a necessidade/possibilidade de se criar rotas investigativas, caminhos a serem perseguidos para ligar pessoas a eventos, danos a causadores, resultado à ação, ou seja, elencar o binômio indivisível da materialização da infração penal e da autoria indiciária desta.

Neste sentido, demonstrando a amplitude do tema, válida são as palavras do professor CELIO JACINTO DOS SANTOS:

Toda atividade de investigação de fatos desconhecidos – sem definição de seus contornos, a autoria, os elementos materiais e suas circunstâncias -, serve-se da doutrina dos indícios e toda construção sobre prova indiciária e prova indireta, com apoio da lógica, através da abdução, indução, dedução, analogia, raciocínios, máximas de experiência ou leis das ciências sociais e naturais. (2020, p.63)

SANTOS, em um tom objetivo ainda salienta:

De maneira singela e objetiva, podemos afirmar que a investigação criminal ampla consiste em procedimento metódico e regulado empregue no conhecimento de um evento criminal, que proporciona ao sujeito cognoscente informações sobre o mesmo, e que lhe permite o encaminhamento de uma solução, seja ela parcial provisória ou definitiva. (2020, p. 65)

Assim, nesse meandro de construções lógicas situa-se, propriamente dito, a investigação criminal, e sua relação embrionária com a tecnicidade e burocracia jurídica, conforme citado pelo pesquisador ELTON BASÍLIO o qual confecciona um estudo sobre a formação experiencial de um investigador de polícia, aduzindo que o seu desenvolvimento:

O primeiro saber experiencial [...] se dá no âmbito da linguagem. O policial civil, quando da elaboração do inquérito policial, é convidado a traduzir seu conhecimento sobre a realidade em uma linguagem específica [...] Articulando a prática profissional e aplicação da lei, este saber não formal consiste numa adequação das categorias geradas pela cultura policial para a linguagem da processualística penal. (BASÍLIO, 2019, p. 111)

Desta forma, se denota a amplitude de campo quando temos com horizonte a investigação criminal, obtendo pesquisadores que a tratam sob o prisma de ciência autônoma, dada a sua singularidade.

### **3.1 TÉCNICAS E PROCEDIMENTOS TRADICIONAIS EM INVESTIGAÇÕES DE CRIMES DE ROUBO**

O crime de roubo, principalmente o de roubo a transeunte, detém características que se assemelham, principalmente nos de vítimas em circulação em logradouros públicos, aos considerados crimes transeuntes, ou seja, crimes que não deixam vestígios. É costumeiro em rodas policiais o tratamento de crime quase transeunte, pois, por vezes, há pouquíssimos vestígios.

Desta forma, todos os procedimentos e técnicas de investigação comumente se atentam para a captação destes vestígios, seja na *(a) captação de imagens*, ou na *(b) busca da recuperação de bens*, a proa das investigações se apruma à *(c) tentativa de encontro de testemunhas* ou à *(d) tentativa de reconhecimento, por parte de vítimas, de seus bens ou dos algozes assaltantes*.

Temos que, de forma amiúde, ao se tomar ciência de um crime de roubo, sob determinação legal da autoridade policial, agentes desta vão a campo na procura de câmeras de segurança que flagraram a ação, de possíveis testemunhas (muitas das vezes não encontradas), bem como, na tentativa de recuperar os bens,

que, em alguns casos são bem específicos (identificáveis). Assim aponta os manuais clássicos de investigação criminal, vejamos:

Na metodologia da investigação policial diz que uma vez ocorrido o delito deve-se ir para o local de crime para constatar e mediante o emprego de técnicas de raciocínio levantar hipóteses sobre a possível maneira de ter ocorrido o crime para chegar a autoria, circunstâncias e materialidade do delito. (OLIVEIRA, 2015)

No tocante à *(a) captação de imagens* por câmeras de segurança, estas até pouco tempo atrás serviam para elucidar mecânica, bem como apontar a aproximação e a dispersão pós-roubo, sendo que, devido às baixas qualidades de imagens, estas não eram aptas a identificação de rostos, placas, etc. Acontece que câmeras com qualidades altas de imagem passaram a ser amplamente comercializadas, propiciando coletas de excelentes dados de imagens contributivas às investigações. Neste ponto, importante destacar a necessidade dos agentes operadores de investigações se capacitarem quanto ao manejo de arquivos e de extração destes junto a aparelhos de vigilância por imagem, devendo operá-las, minimamente que seja.

Com relação à *(b) busca da recuperação de bens*, temos que a busca e localização destes acaba sendo metodologia muito aplicada, ressaltando que alguns itens, dada as suas singularidades, possuem características que permitem sua identificação de forma precisa. Neste ponto, embora sejam classificados como bens fungíveis à luz do Direito Civil, sob o aspecto de substituição, veículos, telefones celulares, notebooks, eletrônicos, são gravados com números de séries em seu processo de industrialização, tornando-os únicos e precisamente identificados, sendo únicos para direito penal.

Quanto à *(c) tentativa de encontro de testemunhas*, em crimes de pequeno planejamento por parte dos autores, geralmente crimes de pequena monta (*res* de menor valor), como roubos a bolsas, celulares, motocicletas, geralmente temos que a sua ocorrência mais rotineira em ruas desertas, locais com menos iluminação, ruas de acesso a ruas de maior trânsito, gerando, em muitos casos, ausências de testemunhas. Ainda, mesmo quando há testemunhas, sendo o caso de pequena monta e pouca repercussão, esta testemunha acaba sendo perdida, não havendo, de forma contínua, casos de apresentação espontânea de testemunhas à unidade policial para informar ter presenciado um crime de roubo de pequena monta.

Ainda, temos a *(d) tentativa de reconhecimento, por parte de vítimas, de seus bens ou dos algozes assaltantes*, sendo o elemento mais antigo de toda e qualquer investigação, talvez ficando atrás apenas de inquirições, se tornando, sob



o ponto de vista de reconstrução da cena delitiva do crime de roubo, elemento de suma importância/relevância. Normalmente, crimes que envolvem violência contra a pessoa detêm entre a vítima e o autor, um liame, um vínculo, o qual os conectam e geram o entendimento da sua motivação. Por outro lado, no crime de roubo, em sua maior parte, não temos um vínculo anterior direto entre o autor e a vítima, sendo que, para a identificação daquele, o reconhecimento por parte desta se torna elemento substancial.

Outra técnica de investigação atinente ao crime de roubo, também utilizada em investigações de outras espécies de crimes, se trata do debruçar esmiuçador sobre o *modus operandi*, ou seja, sobre o modo de execução. Realizar um crime de roubo é algo que necessita ser minimamente planejado pelo autor, sobretudo porque a sua conduta recai sobre outro ser humano, o qual é ser pensante e capaz de milhares de reações, podendo gerar uma repetição de elementos e circunstâncias em suas ações.

No prisma acima destacado, faz-se necessária uma observação. Juridicamente, temos o crime dividido em fases, tais sejam: cogitação, preparação, execução, consumação e exaurimento:

*O iter criminis*, ou caminho do crime, corresponde às etapas percorridas pelo agente para a prática de um fato previsto em lei como infração penal. Compreende duas fases: uma interna e outra externa. A fase interna é representada pela cogitação. Por sua vez, a fase externa se divide em outras três: preparação, execução e consumação. O exaurimento não integra o *iter criminis*. (MASSON, 2016, p. 361)

Entretanto, tal estratificação do crime em apenas as fases descritas no aspecto jurídico acima não é suficiente para uma análise investigativa de um crime, sendo que, para a técnica da exegese de investigação policial, esta divisão deve ser muito mais criteriosa e facetada, sob pena de não êxito (elucidação) de procedimentos/crimes.

Vários autores fazem divisões e subdivisões do fenômeno crime, tendo relevância para o presente trabalho a divisão apresentada por COLZANI (2016), o qual descreve o ciclo da ação criminosa do agressor de acordo com o seu interesse (imediato, mediato ou misto), dividindo o ciclo entre *a intenção*, ou seja, o desejo da prática do crime, *a identificação*, ou seja, a apresentação dele como agressor, *a aproximação*, quando o agressor atinge a zona íntima de segurança da vítima, *a janela de oportunidade*, que é o ingresso nesta zona, a ação criminosa propriamente dita, *o tempo de permanência*, que é o lapso temporal entre o ingresso e o regresso do agressor da zona íntima de segurança da vítima, e *o isolamento da vítima*, o lapso temporal de dedicação coercitiva da vítima ao autor.

Divisões como a acima destacada, permitem ao investigador uma análise das partes que imprimem a dinâmica do crime, a motivação deste, e a mecânica de ação, entre outros elementos, ampliando a conceituação e atendendo aos primados da moderna teoria da investigação criminal como ciência autônoma.

### **3.2 TÉCNICAS E PROCEDIMENTOS CONTEMPORÂNEOS EM INVESTIGAÇÕES DE CRIMES DE ROUBO**

As técnicas e procedimentos contemporâneos de aplicações investigativas em crimes de roubos detêm inovações de toda ordem, sobretudo de programas e softwares tecnológicos, como quase em todas as modalidades criminais.

No campo da gestão de informações, aplicações de *mensageria* instalados em *smartphones* permitem divulgações instantâneas de informações de ocorrências de crimes, difusão de vídeos extraídos dos sistemas de vigilância, os quais cada vez estão mais modernos e em melhor qualidade.

No campo de técnicas temos as conexões entre o *sim card* de uma operadora e um aparelho de telefone celular, permitindo que se rastreie um aparelho roubado em uso por um autor ou já em posse de terceiro receptor.

Ainda no campo das técnicas, veículos automotores e sua central eletrônica, *centralina*, permitem o rastreamento eficiente de um veículo através da porta OBD, tendo equipamentos que angariam eletronicamente os dados de identificação do veículo automotor.

Adiante, evoluções de aplicações também permitiram avanços em comparações prosopográficas, gerando a possibilidade de afirmação de que uma determinada pessoa é a pessoa que aparece na imagem padrão de um frame em um vídeo adquirido. No mesmo caminho, softwares que comparam em segundos digitais colhidas em veículos roubados com digitais de armazém de dados, fato que vincula de sobremaneira um determinado investigado com o bem roubado, gerando ambiente propício à apuração delitiva.

Desta forma, temos técnicas modernas e tradicionais em uma conversação constante, ocorrendo a implementação de alterações e inovações dos processos e procedimentos investigativos tradicionais.

## **4. A PROPOSTA DE UM MÉTODO DE GESTÃO POLICIAL EM SEGURANÇA PÚBLICA**

Uma unidade policial se trata de um órgão público, e como tal, este detém um fluxo administrativo em seu interior. Muito se discute e se escreve sobre o andamento investigativo, sobre a concatenação de atos em uma investigação criminal, todavia, pouco material há sobre a gestão em segurança pública, principalmente na micro-gestão, quando destinada à execução cotidiana e rotineira de unidades policiais (Delegacias de Polícia), exercendo, na verdade, em uma saber informal que se passa de policiais antigos aos mais novos.

Considerando a grande quantidade de crimes, o comumente baixo efetivo disponibilizado para as ações investigativas, e a grande necessidade de produção de unidades policiais, uma contribuição no tema referendado no parágrafo anterior se trata de um modelo de micro-gestão em segurança pública denominado por FILIPE DE MORAIS como sendo a aplicação da produção enxuta em uma unidade de polícia judiciária, onde apresenta um caso prático de aplicação e de melhoria do resultado (investigações concluídas):

A produção enxuta trata-se de a empresa produzir tão somente a demanda do cliente, de modo a reduzir ao máximo o estoque. A empresa produz na exata medida para repor os produtos já vendidos e elimina-se a necessidade de promoções para o esgotamento do estoque. [...] A produção enxuta já se trata de uma realidade em órgãos da Administração Pública em países estrangeiros. Na Polícia, há exemplos de aplicação variando-se a qualidade de seus resultados. (MORAIS, 2018)

Sendo campo de pouca produção, esta em específico, vem agregar a disponibilizar ao gestor de investigações criminais, autoridades policiais, mais uma saber experiencial, em uma tentativa de repassar um saber de construção geralmente informal de forma objetiva e formalizada.

#### **4.1 A VIRADA DE ENFOQUE INVESTIGATIVO**

A presente proposta de aplicação de um novo método de gestão policial em segurança pública é uma alternativa, dentre os vários métodos adotados nas milhares de delegacias de polícia do Brasil. Compreende-se de forma geral que em uma unidade policial especializada existe uma maior possibilidade de alterações de metodologias que se adequem às crimes por ela investigados, sendo possível remodelar o giro administrativo do órgão policial pela repetição de atos (reestruturação de atos inservíveis). Em outras palavras, é possível aplicação de uma virada do enfoque investigativo.

A virada de enfoque no presente método é a inversão da primeira análise policial, que antes era sobre o fato em si (local do crime), como no modelo tradicional, e agora, com a virada, opta-se por ser nos elementos e circunstâncias da ação do autor, com uma proposta de aumentar a lupa de trabalho investigativo

para estes elementos e circunstâncias (dinâmica, modus operandi, aproximação, escape, tempo de permanência na zona íntima da vítima) - análise fria -, diminuindo, como dito, a lupa tradicional para o local do crime em si - análise quente -, o qual demanda muito tempo de trabalho das equipes policiais e pouca quantidade de locais de crimes explorados dada a grande quantidade de crimes de roubo e o baixo efetivo.

## 4.2 FUNDAMENTOS DO MÉTODO

Para explicar o fundamento do método proposto, necessário descrever o objetivo que orienta a aplicação. O objetivo do foco administrativo acima aventado será a elucidação de maior quantidade de crimes, gerando a identificação e neutralização de alvos específicos (autores de roubos). Conforme citação de ELZIO:

[...] a modificação de foco no emprego de metodologia de atuação policial que encontra paralelo na doutrina de enfrentamento ao terrorismo pós-atentados de 11 de setembro de 2001, consistente na atividade de identificação, localização e neutralização de alvos específicos, seguida da obtenção imediata de dados de interesse e subsequente análise, como foco no aproveitamento das oportunidades que surgem durante as ações (F3EAD1). (SILVA, 2017, p. 14)

O cerne da investigação especializada passa a ser identificar alvos e a neutralizá-los (autores ativos - contumazes), sendo necessária uma estratégia para apontar estes alvos, apontamento este que passa a ser o objetivo específico do método, com investigação (produção) voltada ao resultado. Todavia, antes de vinculá-lo ao objeto de referência deste trabalho, atentemos quanto aos dados e informações sobre crimes de roubos que serão esqueque da relação que pretendemos estabelecer.

Publicada em agosto de 2018, o Banco Nacional de Mandados de Prisão – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos (CNJ, 2018) expôs que no Brasil havia, quando da divulgação da pesquisa, 602.2017 (seiscentos e dois mil duzentos e dezessete) pessoas privadas da liberdade. Deste montante, a maioria, ou seja, a maior taxa de incidência era de autores de crimes de roubos, sendo referendada com a taxa de 27,58% do total dos presos. Em outras palavras, um pouco mais de

---

1 F3EAD: *Find, Fix, Finish, Exploit, Analyze and Disseminate*. Metodologia que funde atividades de operações de “marcação de alvos” com a atividade de inteligência, adotada pelas forças americanas, que remonta ações de localização de alvos e sua neutralização, com base no ciclo de produção de conhecimento da inteligência clássica.

um quarto de todos os presos brasileiros estão encarcerados por cometimento de crimes de roubos.

Também, através de um acordo de cooperação técnica com o IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2015) viabilizou uma pesquisa sobre reincidência criminal no Brasil em 2015. As pesquisas anteriores à pesquisa divulgada em 2015 foram condensadas no quadro apresentado a seguir:

Principais pesquisas nacionais sobre reincidência			
Autor	Título	Conceito de reincidência utilizado na pesquisa	Taxa de reincidência
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>A Prisão sob a Ótica de seus Protagonistas: itinerário de uma pesquisa.</i>	Reincidência criminal – mais de um crime, condenação em dois deles, independentemente dos cinco anos.	São Paulo: 29,34%.
Sérgio Adorno; Eliana Bordini	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo (1974-1985).</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança.	São Paulo: 46,3%.
Julita Lemgruber	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários no Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro.</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança. Segundo a autora: “compreende reincidente penitenciário como quem tendo cumprido (tal) pena ou (tal) medida de segurança, veio a ser novamente recolhido a estabelecimento penal para cumprir nova pena ou medida de segurança” (Lemgruber, 1989, p. 45).	Rio de Janeiro: 30,7%.
Túlio Kahn	<i>Além das Grades: radiografia e alternativas ao sistema prisional.</i>	Reincidência penal – nova condenação, mas não necessariamente para cumprimento de pena de prisão. Segundo Kahn, pode-se assumir que nos casos de crimes mais graves os conceitos de reincidência penal e reincidência penitenciária medem basicamente as mesmas coisas, uma vez que crimes graves quase sempre são punidos com prisão.	São Paulo: 50%, em 1994; 45,2%, em 1995; 47%, em 1996; na década de 1970, a taxa não passou de 32%.
Depen	Dados de 2001 para Brasil e de 2006 para Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro.	Reincidência penitenciária – considerando presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional.	Brasil: 70%; e Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro: 55,15%.

Fonte: Pesquisa Ipea/CNJ, 2013 (revisão bibliográfica).

No decorrer da pesquisa CNJ divulgada no ano 2015, a taxa de reincidência (critério legal) foi de 24,4%.

Assim, considerando todas as pesquisas acima apontadas, observando que umas consideram a reincidência jurídica como parâmetro e outras consideram a reincidência ampla de reingresso de um egresso ao sistema prisional devido a prisões e ações policiais, temos uma margem variante entre 1/4 a 3/4 de reincidência criminal.



No relatório do CNJ (2015) consta que 22,8% de todos os reincidentes criminais são de autores de crimes de roubo. O relatório ainda conclui que *“furto e roubo são crimes relativamente mais representados na população de reincidentes”* (CNJ, p. 29, 2015). Neste pico, temos que autores de crimes de roubo tendem mais à reincidência.

### 4.3 MÉTODO DE PARETO

Nesta construção, optamos por nominar este método, esboçado no presente artigo, de Método de Pareto.

O princípio de Pareto - também conhecido como regra do 80/20, lei dos poucos vitais ou princípio de escassez do fator - afirma que, para muitos eventos, aproximadamente 80% dos efeitos vêm de 20% das causas. Advém da conexão identificada pelo economista italiano Vilfredo Pareto, que notou a conexão 80/20 em sua passagem pela Universidade de Lausanne em 1892, onde mostrou que aproximadamente 80% da terra na Itália pertencia a 20% da população. Pareto desenvolveu o princípio ao observar que, em seu jardim, 20% das vagens continham 80% das ervilhas.

O princípio de Pareto, então, passou a ser tratado e explorado na economia, na matemática, no esporte, nas ciências, no controle de qualidade, na segurança de riscos e diversos outros campos do saber, sendo citado em artigo disponibilizado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

A Análise de Pareto é uma técnica estatística utilizada na tomada de decisão que permite selecionar e priorizar um número pequeno de itens capazes de produzir grande efeito na melhoria dos processos. Ela utiliza o Princípio de Pareto (também conhecido como regra 80/20): a ideia de que 80% dos resultados corresponde a apenas 20% dos fatores, o que justifica a priorização. Ou, em termos de melhoria da qualidade, a grande maioria dos problemas (80%) são produzidos por apenas algumas causas essenciais (20%). (AZEVEDO, 2019)

Dado o enredo acima, e, considerando que o propósito é demonstrar uma metodologia de trabalho (gestão policial), e não descrever com precisão uma doutrina criminológica sobre crimes de roubos, apresentamos a descrição de uma premissa, obviamente, de frágeis bases epistemológicas, entretanto, uma premissa que servirá de parâmetro para o resultado (apuração de crimes). Em outras palavras, não sendo todos os crimes de roubos apurados, não podemos afirmar que a premissa (princípio) a seguir seja uma verdade absoluta, mas sim, uma preposição extraída da junção das pesquisas acima postas, da simbologia apresentada na teoria de Pareto e de uma criação de modelo de gestão de investigações policiais,



ressaltando o caráter não global do método, pois apresentamos tão somente o recorte para crimes de roubos.

A proposição (tese criminológica) é de que 20 por cento dos criminosos (assaltantes) são responsáveis por 80 por cento dos crimes (roubos), ou, em reflexo, de um total de crimes de roubos, vários deles são de autores reincidentes, pois esta espécie de crime é a que mais tem taxa de reincidência no país. Se aceitarmos essa proposição como válida, temos que, se a unidade policial concentrar esforços na identificação/localização e neutralização destes “20 por cento de criminosos assaltantes”, ao invés de envidar esforços para atendimento precário (efetivo X expediente) à totalidade dos crimes ocorridos, teremos maiores reduções dos efeitos danosos, atendendo a incitação inicial: 80 por cento dos efeitos (efeitos danosos – crimes) são produzidos por 20 por cento das causas (autores).

Assim, a aplicação do método de pareto junto à gestão de uma unidade policial tem como proa o aumento da taxa de apuração (conclusão de investigações) como efeito primário, atingindo, como efeito secundário, a diminuição dos resultados/efeitos danosos (crimes de roubo). Isto porque a proposta é gerar hipóteses de autoria, as quais terão que ser ratificadas pela persecução de outros elementos investigativos.

Desta feita, algumas técnicas exurgem como catalisadores dos processos de investigação de crimes de roubo, as quais devem ser aplicadas juntas para que todo o processo seja tendente aos dois fins propostos: aumento de efetividade investigativa (conclusão de casos) e identificação e neutralização (F3EAD).

Quando apontamos o tema neutralização referendamos tal assertiva na canalização de que a maioria de autores de roubos (no momento da execução do crime) não detém vínculos empregatícios, nem vínculos outros vínculos formais de ensino ou religião. Neste pé, dada a característica de crime quase não-transeunte, a escapada de ser flagrado na prática delitiva se transforma em elemento motivador para a prática de novas condutas da mesma estirpe. Neste ponto, com a aplicação do método, após a identificação, temos o processo tendente à sua neutralização.

Do ponto de vista da polícia judiciária, nos balizados constitucionais, este método permite avançar para a **neutralização**, entendendo esta como sendo a segregação do alvo, o confinamento, a prisão. Através do método de pareto e suas técnicas, temos a ampliação de elucidação de casos e o aumento de concentração de autores, favorecendo elementos técnico-jurídicos para a legislação pátria, a qual tem a previsão da garantia da ordem pública (tendência à reincidência objetivamente demonstrada) como fundamento autorizador da prisão preventiva.

Pois bem, após discorrermos sobre o conceito do método, analisaremos as técnicas e suas aplicações para o entendimento que fomo ele funciona em uma diligente unidade policial.

#### **4.4 APLICAÇÃO DO MÉTODO DE PARETO**

Quando da ocorrência do crime, se o considerarmos como uma fotografia digital, teremos uma cena de crime (imagem), e, pelo modelo tradicional de investigação de crime de roubo, esta fotografia (imagem) é a única observada pela equipe de investigação, que sai em busca desta imagem, ou seja, entrevistar a vítima, identificar testemunhas, identificar o prejuízo, caracterizar o autor e verificar a existência de sistema de vigilância (câmeras que podem ter captado a ação).

Entrementes, outros dados desta fotografia digital (crime) ficam perdidos, o que seriam em metáfora, os metadados, dados que a fotografia digital carrega consigo, mas que precisam de maior acuidade para seu tratamento e análise.

Assim, cada crime de roubo, neste modelo de gestão, primeiramente deve ter seus metadados analisados, obviamente que os métodos de investigação tradicionais são meios eficazes para a solução de diversos crimes, mas os métodos de administração da investigação propostos, permite a aplicação administrativa de uma unidade a identificar e neutralizar maior número de transgressores, bem como neutralizá-los.

Desta forma é necessária a construção de um sistema de compilação destes dados (metadados da cena do crime de roubo), possibilitando uma inserção de modo de execução que alia a antiga e clássica escola da investigação à moderna escola com um liame eficaz e reconhecido como excelente elemento investigativo ao longo da história humana: o *modus operandi*.

Isto porque o *behaviorismo*, área da ciência da psicologia, indica que as ações/conduas tendem a se repetir se há benefícios alcançados em decorrência destas, gerando padrões de comportamento que tendem a seguir o princípio físico da inércia: um corpo em movimento tende a continuar em movimento, um corpo parado tende a continuar parado. O behaviorismo clássico desenvolveu "o meio de condicionamento clássico através de um trabalho com estímulos e repostas, através de experiências (...) o comportamento é sempre uma resposta a determinado estímulo". (FONTES; HOFFMAN, 2019, p.151) Assim, um assaltante que consegue auferir ganhos (benefícios) com sua atuação criminoso, tende a continuar a praticar da mesma forma, na mesma forma de execução, pois a não punição gera estímulo, gera reforço da sua conduta inicial (reincidência).

Com supedâneo nas teorias criminológicas da oportunidade temos uma base de entendimento do agir repetitivo e habitual do autor de crime de roubo:

[...] entendem que delito é mais produto das oportunidades ou facilidades externas para sua comissão (controle externo) que de fatores radicados no interior do indivíduo (controle interno ou autocontrole), atendem sobretudo a fatores externos [...] essas teorias são as oportunidades que oferecem certos objetos [...] pessoas [...] ou ambientes [...]. (CONDE; HASSEMER, 2008, p. 261)

Em outras palavras, se os fatores externos são propícios para o cometimento de um crime, e, por ventura, depois da ação não se tem a descoberta de autoria do agente, a aparição, novamente, de fatores externos idênticos ao vislumbrado durante o primeiro crime propiciariam a execução de conduta similar/repetitiva por parte do agente. Essa motivação da repetição ainda é apontada por Coben e Felson (GARRIDO; STANGELAND; REDONDO; 2013, p. 428) em uma construção lógico-explicativa para o aumento da delinqüência baseados na convergência de três elementos: a existência de delinqüentes motivados, a presença de objetivos ou vítimas apropriadas e a ausência de eficazes protetores.

Neste ponto, importante ressaltar que, em que pese o contributo da teoria da prevenção situacional (CONDE; HASSEMER; 2018, p. 262-263) e sua construção de reação ao delito, aqui temos um viés mais causal, de constatação e reação policial, do que para a prevenção que a referida teoria aponta. Em outros termos, não se vislumbra o deslocamento tático citado por MAÍLLO (2008, p. 197) impingindo a um autor de crime de roubo que pratique o mesmo delito de maneiras diferentes, vez que a atuação similar é o caminho pelo qual a aplicação do método chegará até a sua possível identificação (hipótese de autoria).

Assim, através da aplicação do método, baseados na doutrina dos crimes de oportunidade e da prevenção situacional em um sentido amplo, se tem o aumento do leque de informações, sendo fértil para a ampliação da investigação, inclusive, para proporcionar a autuação em flagrante de delinqüentes, prevenindo novos crimes.

#### **4.5 EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA**

Em primeiro momento tem-se a dúvida metódica sobre a base que sustentaria a aplicação do Método de Pareto em uma unidade policial, haja vista que a tópica ideal seria a apuração/tentativa de apuração de todos os crimes de roubos ocorridos, mas, consideraremos o mundo real e a prática cotidiana dentro do que é a reserva do possível das unidades policiais. Assim, considerando os

princípios da administração pública, temos a indicação basilar de todo o presente estudo policial em um dos princípios da administração pública.

O princípio da eficiência:

[...] relaciona-se com as normas da boa administração no sentido de que a Administração Pública, em todos os seus setores, deve concretizar suas atividades com vistas a extrair o maior número possível de efeitos positivos ao administrado, sopesando a relação custo-benefício, buscando a excelência de recursos, enfim, dotando de maior eficácia possível as ações do Estado. (CARVALHO, 2011, p. 928)

Desta forma, dada a quantidade de crimes e a parca disponibilização de agentes do Estado para investigar todos os crimes de roubo, a utilização de meios de triagem para maximizar conclusões investigativas (finalizações de Inquéritos Policiais) tem seu esteio junto ao princípio administrativo da *eficiência*.

## 5. ESTUDO DE CASO

### 5.1 ARAGUAÍNA E CRIMES DE ROUBO

A cidade de Araguaína se localiza no norte do Estado do Tocantins, tendo 4.000 quilômetros quadrados de área geográfica, bem como 180.470 (cento e oitenta mil quatrocentos e setenta) habitantes, conforme estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019).

Na cidade de Araguaína encontra-se estruturada a **Delegacia Especializada de Repressão a Roubos – DRR**, unidade policial que tem como função a investigação de crimes de roubos ocorridos em todo município. Tal unidade contou, durante o período de análise no presente trabalho, com dois Delegados de Polícia, dois escrivães de polícia e cinco agentes de polícia, todos com espaços próprios de trabalho (estações computadorizadas). A unidade conta com viaturas policiais, armamento, coletes balísticos, entre outros equipamentos operacionais para a lida diária que abarcam as atividades de investigações desta espécie de crimes.

A informatização dos registros de boletins de ocorrência é mecanismo apto a decomposição estatística de crimes de roubo, ou seja, não como ocorre em crimes de homicídios, que acabam sendo registrados como lesões corporais, disparos de armas de fogo, entre outras naturezas. Assim temos, diferentemente, nos registros de roubos, uma identificação de natureza mais tendente à realidade, principalmente nos cometidos na modalidade *“assalto”*, quando os autores atuam de inopino quanto à ameaça e subtração, valendo-se de armas e/ou simulação desta para o exercício da coação.

Neste pé, temos que a Polícia Civil do Tocantins, órgão no qual a unidade escopo pertence administrativamente, utilizou no ano de 2018 e 2019 dois sistemas informatizados para a lavratura digital de ocorrências policiais, um denominado GERPOL e outro denominado PPE.

Desta forma, em uma tabela criada junto ao aplicativo *Excell*, depois aprimorada com o aplicativo *Qlick View*, relacionamos todos os crimes de roubos ocorridos, sendo que em relação à cada crime (identificado pelo seu número de ocorrência) apontamos, em colunas separadas, a modalidade (transeunte, veículo, residência), a data, horário do crime, quantidade de autores, meio de aproximação (veículo, à pé, bicicleta), meio de intimidação (descrição da arma utilizada), meio de dispersão (veículo, à pé, bicicleta), frase usada para o anúncio do assalto (lingüística), vítima(s) (quantidade, sexo e idade); entre outros elementos e circunstâncias, sendo que uma última coluna foi criada para a inserção de indicação de autoria identificada em algum dos crimes da listagem.

Após a compilação de dados, em cada análise inicial de um crime, quando ao gestor era apresentada uma ocorrência policial, cabia ele destrinchar o crime noticiado na ocorrência clicando sobre o meio de dispersão, ou sobre o meio de intimidação, a data, a frase utilizada, o veículo utilizado e a cor deste, e, em caso positivo, através de filtro criado pela utilização do aplicativo *Qlick View*, foi possível chegar a diversos casos de suspeição, isto porque, ao destrinchar a pesquisa do crime em seus elementos acessórios, verificaram-se, com a técnica desenvolvida, semelhanças com condutas criminais (crimes) que foram apuradas e tiveram autores identificados. Com a suspeita de autoria levantada, essa ocorrência era retirada da vala comum de ocorrências que ficam a aguardar informações adicionais e passava a ser tratada de forma ativa pela unidade policial, com chamamento da vítima à unidade para tentativa de produção de reconhecimento, entre outros atos próprios de uma investigação criminal. As demais ocorrências eram sobrestadas (produção enxuta), ou seja, eram arquivadas no aguardo de mais informações para a pesquisa (diligências) de apuração.

Outro ponto importante, é que as ocorrências policiais que originaram Autos de Prisões em Flagrante Delito geram, no mesmo sentido, uma grande fonte de informação. E aplicando a mesma técnica de estratificação em sistemas de planilhas é possível ampliar casos envolvendo o mesmo autor, gerando maior possibilidade de encontrar fundamentos para segregações cautelares (neutralizações de infratores penais).

## **5.2 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO MÉTODO TRADICIONAL DE GESTÃO**

Toda unidade de polícia judiciária detém um cartório, divisão interna que se destina às lavraturas de termos e registros dos livros oficiais da unidade. Assim sendo, comparecemos até o Livro de Remessa de Inquéritos Policiais do ano de 2018 do cartório da unidade DRR – Delegacia de Repressão a Roubos de Araguaína/TO, do qual extraímos a quantificação de investigações concluídas no ano, donde constatamos a quantidade de 117 (cento e dezessete) inquéritos policiais relatados e enviados ao poder judiciário.

Considerando que em 2018 não houve a introdução da metodologia de gestão a que denominamos “método de pareto”, este dado (números de IP’s concluídos) passa a ser de importância quanto à análise de eficiência administrativa com a aplicação do referido método na gestão da unidade policial. Outro ponto de relevância para este ensaio é o fato de que a equipe de trabalho continuou a mesma nos dois anos, ou seja, os mesmos agentes policiais na mesma unidade por dois anos seguidos, gerando dois parâmetros de comparação sem alteração da variável ‘recursos humanos’.

Da mesma forma, dentro de um contexto de mais de duas mil ocorrências de crimes de roubo, a unidade policial já detém a prática de promover a persecução investigativa em casos que já possuem, quando da notícia-crime, ou logo após ela, dados adicionais que a sobressaltam dentre a imensidão dos registros apresentados. Sendo assim, outro objeto de consulta, não tão determinante como a de casos concluídos, se trata do dado (informação) de números de inquéritos policiais instaurados, o qual, no mínimo, agregará elementos para a nossa conclusão. Neste sentido, verificamos junto ao Livro de Registro de Inquéritos Instaurados a cifra de 167 (cento e sessenta e sete), ou seja, foi iniciada formalmente a investigação destes casos no ano de 2018.

E, ainda, considerando a taxa de crimes de natureza roubo, realizamos uma diligência para apuração quantitativa do número de crimes desta espécie ocorridos no ano de 2018, valendo-se da quantificação dos sistemas de registros policiais, tendo como filtro o município de Araguaína/TO, tendo como resultado o montante de 2.111 (dois mil cento e onze reais).

### **5.3 ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO MÉTODO DE PARETO COMO MÉTODO DE GESTÃO DE UMA UNIDADE POLICIAL**

Conforme supracitado, realizamos a mesma diligência de constatação, tal seja, extrair junto ao Livro de Registro de Remessa de Inquéritos Policiais o quantitativo de investigações formais (IP’s concluídos) encaminhados ao poder judiciário no ano de 2019, donde chegamos ao número de 190 (cento e noventa).



Da mesma forma, considerando a indicação do Livro de Registro de Inquéritos Policiais, no indicativo do ano 2019, verificamos a quantia de 329 (trezentos e vinte e nove) inquéritos instaurados.

Com relação ao crime de roubo e sua taxa de incidência na região apontada (unidade policial direcionada), bem como o parâmetro temporal do ano de 2019, temos a quantidade de 1681 roubos.

Importante ressaltar que a aplicação do método de pareto na gestão da unidade alvo ocorreu no ano de 2019, sendo o ano de 2018 o ano de gestão tradicional anterior.

## 5.4 DA COMPARAÇÃO DA APLICAÇÃO DOS MODELOS

Para se estabelecer um espectro de comparação e nitidez dos dados acima apresentados, elaboramos um gráfico de comparação:

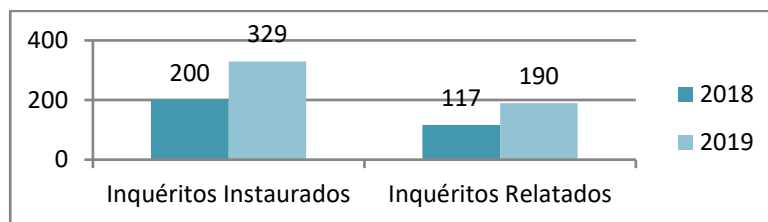


Gráfico 1: Quantitativo de Inquéritos Instaurados e Inquéritos Relatados nos anos de 2018 e 2019 – comparação.

Considerando o evento conclusão de inquérito como a finalização de uma investigação, momento substancial para se atingir o fim de neutralização de um transgressor/criminoso, bem como o importante elemento da abertura de casos com indícios mínimos de autoria, temos a seguinte tabela de análise.

	2018	2019	Variação
<b>Inquéritos Policiais - concluídos</b>	117	190	<b>62,39%</b>
<b>Inquéritos Policiais - instaurados</b>	167	329	<b>97,00%</b>

Tabela 01 – Variação de IP's concluídos e relatados nos anos 2018 e 2019

Ainda, observando os resultados irradiados, ou seja, a expectativa criada no início desta pesquisa, que apontava a possibilidade de diminuição de crimes com a segregação de maior quantidade de criminosos desta estirpe de crime, temos a comparação de aplicação dos modelos quanto ao número total de crimes ocorridos no ano:

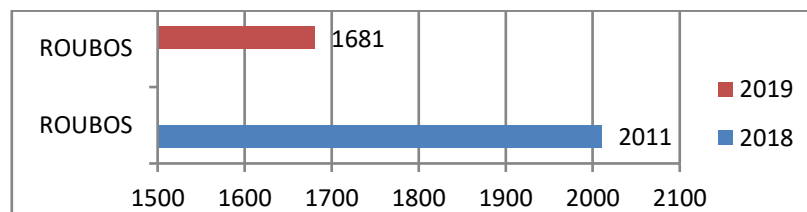


Gráfico 02 – Comparação de crimes de Roubos registrados no ano 2018 e no ano 2019

	2018	2019	Variação
<b>Roubo registrados</b>	2111	1681	<b>20,36%</b>

Tabela 02 – Variação de registros de Roubos no ano de 2018 e 2019

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desta forma, o presente artigo apresenta digressões que devem ser interpretadas de maneira a aglutinar em uma composição às atividades de investigação desta espécie delitativa. Certo é que, uma unidade policial, como órgão administrativo que o é, deve ter foco de administração com vistas a resultado, ou seja, deve-se, de alguma forma atualizar procedimentos de gestão que tenham relação com a investigação, pois somente assim o resultado de pacificação social (no caso, apuração de crimes) poderá obter melhores índices.

Se esboçarmos algumas perguntas que formularam quando da apresentação deste artigo, podemos extrair algumas respostas conclusivas, como concluiremos a seguir:

- A utilização do método de pareto em uma unidade policial durante o período de um ano demonstrou um acréscimo significativo de casos solucionados (crimes investigados), baseando nos dados de que houve um acréscimo de 62,39 por cento em comparação ao ano em que não foi utilizado o método, com o ano em que foi utilizado.

- A utilização do método de pareto em uma unidade policial durante o período de um ano demonstrou um acréscimo significativo de inquéritos instaurados (com elementos mínimos), baseando nos dados de que houve um acréscimo de 97 por cento em comparação ao ano em que não foi utilizado o método, com o ano em que foi utilizado.
- A utilização do método de pareto em uma unidade policial durante o período de um ano foi contemporâneo a uma queda no número de crimes de roubo no município na taxa de 20,36 por cento em comparação com o ano anterior.

Assim sendo, em tom derradeiro, modelos de gestão policial para enfrentamento aos crimes não podem ser estáticos e padronizados, vez que o crime nem sempre o é, gerando a necessidade de que os operadores de investigações realizem planejamentos e construções de metodologias para ampliar os efeitos e o poder da *função investigar*.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Joel Solon Farias de. Análise de Pareto Passo a Passo. Publicado em: 18 abr. 2015. Disponível em: <[https://www.trf5.jus.br/downloads/Artigo\\_22\\_Analise\\_de\\_Pareto\\_Passo\\_a\\_Passo.pdf](https://www.trf5.jus.br/downloads/Artigo_22_Analise_de_Pareto_Passo_a_Passo.pdf)> . Acesso em: 17 dez. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 17ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível em: <[dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.html](http://dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.html)> . Acesso em: 06. set. 2019.

COLZANI, Leonardo Daniel. SOBREVIVA, GUARDIÃO: Técnicas para a autopreservação da vida. São Paulo: All Print Editora, 2016.

CONDE, Francisco Muñoz Conde; HASSEMER, Winfried. Introdução à Criminologia. Lumen Juris Editora: Rio de Janeiro, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos. Publicado em ago. 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>> . Acesso em 08 dez. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Reincidência Criminal no Brasil. Publicado em 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf>>. Acesso em 08 dez. 2019.

FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. Criminologia. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago; Principio de Criminología. 3ª Ed. Trant Lo Blanch: Espanha, 2013.

IBGE. Panorama: Araguaína. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/to/araguaina/panorama>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAÍLLO; Alfonso Serrano. Introdução à Criminologia. Tradução: Luiz Regis Prado. Revistas dos Tribunais: São Paulo, 2008.

MASSON, Cleber. Direito Penal: Parte Geral. Vol. 1. 10ª ed. São Paulo: Método, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Criminalidade cai no país em 2019. Publicado em 16/jul./2019. Disponível em: <[justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1563293956.35](https://justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1563293956.35)>. Acesso em: 06. Set. 2019.

MORAIS. Felipi de Moraes. Sobre a aplicação da produção enxuta na gestão de cartórios de polícia judiciária. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64089/sobre-a-aplicacao-da-producao-enxuta-na-gestao-de-cartorios-de-policia-judiciaria/1>>. Acesso em 02 de 2018. Acesso em 14 dez. 2019

OLIVEIRA, Welington de. APLICANDO TÉCNICAS DE ENTREVISTA E INTERROGATORIO NA INVESTIGAÇÃO-MÉTODO REID. Publicado em 28 ago./2015. Disponível em <<https://www.pc.ms.gov.br/artigos/aplicando-tecnicas-de-entrevista-e-interrogatorio-na-investigacao-metodo-reid/>>. Acesso em: 08 dez. 2019.

SANTOS, Célio Jacinto dos. Teoria da Investigação Criminal. Belo Horizonte: Del Rey, 2020.

SILVA, Élzio Vicente da. Operações especiais de polícia judiciária: e ruptura de planos de ataque terrorista. Barueri,SP: Novo Século Editora, 2017.

SOUZA, Elton Basílio de. A FORMAÇÃO EXPERIENCIAL DO INVESTIGADOR DE POLÍCIA: estudo sobre prática e formação profissional no âmbito da Polícia Civil de Minas Gerais. Disponível em: <<https://sig.cefetmg.br> > sigaa>. Publicado em 2019. Acesso em: 20 nov. 2019.

## **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

**JOANA FERRAZ DO AMARAL:** Pós-Graduada em Direito Constitucional e Direito Público. Assessora de Desembargador da Câmara Especial (Direito Público) do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

**RESUMO:** O controle de constitucionalidade é um dos temas mais discutidos na atualidade. E isso tem uma explicação simples: a definição da Constituição como norma hierarquicamente superior às demais (supremacia do texto constitucional). Com efeito, disso tudo resulta a necessidade de controlar os demais atos normativos para que se adequem a ela. Essa é a principal base em que se assenta toda a teoria do controle de constitucionalidade. Para tal, tem-se duas espécies: o concentrado (abstrato) e o difuso (concreto). O controle concentrado é o realizado (em regra) pelo Supremo Tribunal Federal, ao passo que o difuso poderá ser exercido por qualquer órgão jurisdicional, podendo, também, chegar ao Supremo, principalmente por via recursal. Especificamente, quanto a ação direta de inconstitucionalidade, tem os legitimados para sua propositura estabelecido pela Constituição Federal, tendo como parâmetro a Constituição Federal e objeto a lei ou ato normativo que se mostrarem incompatíveis com o sistema. O procedimento que uma ação direta de inconstitucionalidade deve seguir o que está prescrito na Lei No 9.868/99. A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei tem eficácia genérica, válida contra todos e obrigatória. A lei também diz que se gera o efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, que não podem contrariar a decisão. Ocorrem ainda efeitos retroativos, ou seja, quando a lei é declarada inconstitucional, perde o efeito desde o início de sua vigência. A finalidade do presente trabalho é estabelecer reflexões sobre a questão, sem, contudo, esgotar o tema.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Controle difuso de constitucionalidade. Controle concentrado de constitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade.

**ABSTRACT:** Constitutionality control is one of the most discussed topics today. And this has a simple explanation: the definition of the Constitution as a norm hierarchically superior to the others (supremacy of the constitutional text). In fact, all this results in the need to control the other normative acts to suit them. This is the main basis on which the whole theory of constitutional control rests. For this, there are two species: the concentrated (abstract) and the diffuse (concrete). Concentrated control is that carried out (as a rule) by the Federal Supreme Court, while the diffuse control may be exercised by any court, and may also reach the



Supreme, mainly by appeal. Specifically, as for the direct action of unconstitutionality, have the legitimated for its filing established by the Federal Constitution, having as parameter the Federal Constitution and object the law or normative act that prove incompatible with the system. The procedure that a direct action of unconstitutionality must follow what is prescribed in Law No. 9.868 / 99. The decision declaring the unconstitutionality of a law is generic, valid against all and binding. The law also says that the binding effect is generated in relation to the organs of the judiciary and the federal, state and municipal public administration, which cannot contradict the decision. Retroactive effects also occur, ie, when the law is declared unconstitutional, it loses its effect from the beginning. The purpose of this paper is to establish reflections on the issue without, however, exhausting the theme.

**Keywords:** Constitutionality control. Diffuse control of constitutionality. Concentrated control of constitutionality. Direct action of unconstitutionality.

## 1 INTRODUÇÃO

A título introdutório, cumpre ressaltar a importância prática do instituto jurídico do controle de constitucionalidade. Emergindo do princípio da supremacia da Constituição, ele atua como ferramenta importante para alcançar o ideal jurídico proposto pelo Poder Constituinte de 1988, e tem por finalidade primordial a harmonização das normas infraconstitucionais com relação aos preceitos contidos na "Carta Magna". O controle pode ser preventivo ou pode ser repressivo, caso em que este será exercido, preferencialmente, pelo Judiciário. Quanto ao controle do Judiciário (repressivo), ele é realizado na modalidade concentrada e na difusa, podendo ser, ser verificado em cinco situações: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI) (sobre a qual veremos mais detalhadamente no próximo tópico), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Representação Interventiva (ADI Interventiva), e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

O presente trabalho tratará especificamente da ação direta de inconstitucionalidade, abrangendo, as legitimidades, parâmetro e objeto, procedimento e efeito das decisões. Antes, porém, é necessário uma análise histórica do controle de constitucionalidade e o modo como ele é exercido no sistema jurídico brasileiro.

## 2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Antes de adentrar ao assunto propriamente sobre o controle de constitucionalidade, necessário se faz uma digressão histórica acerca do tema, o que passaremos a ver a seguir.

## 2.1 CONSTITUIÇÃO IMPERIAL (1824)

A Constituição de 1824 não previa qualquer método de controle parecido com os sistemas atuais.

Isso certamente se deu por influência da concepção inglesa da supremacia do Parlamento e do dogma francês da rígida separação de Poderes, que assegurava ao Poder Legislativo a atribuição de fazer as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, além de velar pela guarda da Constituição. Assegurou-se assim o dogma da supremacia do parlamento. (CUNHA Jr., 2012, p.100).

Gilmar Ferreira Mendes, ainda ensina o seguinte:

Por outro lado, a instituição do Poder Moderador assegurava ao Chefe de Estado o elevado mister de velar para “manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes” (art. 98). “É a faculdade (...) dizia Pimenta Bueno “de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente com outros para fim social, o bem-estar nacional: é quem mantém o equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão (...). Não havia lugar, pois, nesse sistema, para o mais incipiente modelo de controle *judicial* de constitucionalidade. (José Antônio Pimenta Bueno *apud* Gilmar Ferreira Mendes, 2012, p. 22/23).

## 2.2. CONSTITUIÇÃO DE 1891

Sob influência do direito norte-americano, surge a técnica de controle de constitucionalidade “de lei ou ato com indiscutível caráter normativo (desde que infraconstitucionais, por qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência e organização judiciária”. (LENZA. 2014, p. 283).

“Trata-se do denominado controle difuso de constitucionalidade, repressivo, posterior, ou aberto, pela via de exceção ou defesa, pelo qual a declaração de inconstitucionalidade se implementa de modo incidental (*incider tantum*), prejudicialmente ao mérito”. (LENZA. 2014, p. 283).

Consolida-se então, o sistema difuso de controle de constitucionalidade no Direito brasileiro, o qual outorgou poder aos órgãos jurisdicionais para exercer tal controle.

### **2.3. CONSTITUIÇÃO DE 1934**

Nessa Constituição manteve-se o controle judicial difuso, incidental e sucessivo da constitucionalidade das lei e atos normativos do poder público, no entanto, trouxe relevantes alterações, adotando-se aspectos do método de controle concentrado, porém, ainda não aproximou-se do modelo europeu. (CUNHA Jr., 2012, p.103).

A Constituição de 1934, mantendo o sistema de controle difuso, estabeleceu, além da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a denominada cláusula de reserva de plenário (a declaração de inconstitucionalidade só poderia ser pela maioria absoluta dos membros do tribunal) e a atribuição ao Senado Federal de competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional por decisão definitiva (Lenza, Pedro 2014, p. 283).

Dessa forma, é possível perceber as importantes inovações trazidas, especialmente àquela a atribui aos tribunais a declaração de inconstitucionalidade, a qual deve ser realizada pela maioria da totalidade de seus membros.

### **2.4. CONSTITUIÇÃO DE 1937**

Tal constituição, autoritariamente imposta ao povo brasileiro, manteve o controle de constitucionalidade implantado pela Constituição de 1891. Todavia, de outro lado, retrocedeu, ao permitir o enfraquecimento da supremacia do Poder Judiciário no referido controle, “possibilitando ao Poder Executivo tornar sem efeito a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal, quando a lei declarada inconstitucional, por iniciativa do Presidente da República, fosse confirmada pelo voto de dois terços de cada uma das Casas Legislativas (art. 96, parágrafo único)” (CUNHA Jr., 2012, p.104).

Segundo Gilmar F. Mendes (2012, p. 29) “instituiu-se, assim, uma peculiar modalidade de revisão constitucional, pois, como observado por Celso bastos, a lei confirmada passa a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição”.

Pedro Lenza (2014, p. 284), no entanto, é enfático em afirmar, que “referidas regras, inegavelmente implicavam o desproporcional fortalecimento do Executivo”.

## 2.5 CONSTITUIÇÃO DE 1946

Restaura a supremacia do Poder Judiciário em matéria de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1946, fruto do movimento de redemocratização e reconstitucionalização instaurado no País, flexibilizou a hipertrofia do executivo, restaurando a tradição do sistema de controle de constitucionalidade. Através da EC n.16, de 26.11.1965, criou-se no Brasil uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, de competência originária do STF, para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, a ser proposta, exclusivamente, pelo Procurador-Geral da República. Estabeleceu-se, ainda, a possibilidade de controle concentrado no âmbito estadual. (LENZA. 2014, p. 284).

Consagrou-se desta feita, o modelo abstrato de controle de constitucionalidade sob forma de representação que haveria de ser proposta pelo Procurador-Geral da República, embora a proposta de alterar o art. 64 da Constituição, conferindo eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, fora rejeitada.

## 2.6. CONSTITUIÇÃO DE 1967/69

Esta Constituição não trouxe grandes inovações no sistema de controle de Constitucionalidade, mantendo-se inalterado o controle difuso e a ação direta de inconstitucionalidade subsistiu.

Leciona Gilmar Mendes e Paulo Branco (2012, p. 1143):

A Constituição de 1967 não incorporou a emenda nº 16/65, que permitia a criação de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou ato dos Municípios que contrariassem as Constituições dos Estados. A Emenda n. 1/69 previu expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da

Constituição estadual, para fins de intervenção no Município (art. 15, § 3º, d).

Ainda, com o surgimento da Emenda n. 7/77 introduziu-se a representação de lei ou ato normativo federal, e outorgou ao Procurador-Geral da República a legitimidade para buscar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, a Emenda n. 7/77 consagrou o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal tem competência para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República, pondo fim à controvérsia.

## **2.7. CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A Constituição de 1988, segundo Pedro Lenza, trouxe quatro principais novidades no sistema de controle de constitucionalidade.

Em relação ao controle concentrado em âmbito federal, ampliou a legitimação para a propositura da representação de inconstitucionalidade, acabando com o monopólio do Procurador-Geral da República. [...] Estabeleceu-se também, a possibilidade de controle de constitucionalidade das omissões legislativas, seja de forma concentrada, seja de modo incidental, pelo controle difuso[...]. Nos termos do art. 125, § 2º, os Estados poderão instituir representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual [...]. Por fim, pela primeira vez no ordenamento jurídico facultou-se a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) [...] (LENZA. 2014, p. 285).

Posteriormente, a EC n. 3/93 estabeleceu a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), e a EC n. 45/2004 (Reforma do Judiciário) ampliou a legitimação ativa para ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), igualando aos mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e estendeu o efeito vinculante de maneira expressa também para a ADI.

## **3. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

O sistema do controle difuso de constitucionalidade, também denominado controle concreto ou incidental de constitucionalidade, permite ao magistrado ou órgão colegiado analisar, no caso concreto, a compatibilidade de uma lei ou ato normativo perante a Constituição. Trata-se de modalidade de controle repressivo de constitucionalidade, sendo a outra modalidade pela via concentrada. O controle de constitucionalidade zela pela supremacia da

Constituição, assegurando a proteção e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais ao indivíduo e à sociedade.

Para Pedro Lenza (2014, p. 307):

O controle difuso, repressivo, ou posterior, é também chamado de controle pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário. Quando dizemos qualquer juízo ou tribunal, devem ser observadas, é claro, as regras de competência processual, a serem estudadas no processo civil.

O controle difuso verifica-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (inciderent tantum), prejudicialmente ao exame do mérito.

Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual.

Assim, o controle difuso de constitucionalidade enseja o exercício da jurisdição por qualquer membro do Poder Judiciário, tanto pelos juízes singulares quanto pelos órgãos colegiados. Em relação a este, a Constituição Federal exige a chamada cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 ("Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão"), que determina a maioria absoluta dos membros integrantes do Tribunal pleno ou órgão especial para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público.

Entretanto, "enaltecendo o princípio da economia processual, da segurança jurídica e na busca da desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira, vem-se percebendo a inclinação para a dispensa do procedimento do art. 97 toda vez que já haja decisão do órgão especial ou pleno do tribunal, ou do STF, o guardião da Constituição sobre a matéria". (LENZA. 2014, p. 309).

Essa linha foi confirmada pela Lei n. 9.756/1998, que acrescentou o parágrafo único do artigo 481 do CPC. Segundo esse dispositivo "os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou só órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão". Pode inclusive, ser apreciada de plano, mediante decisão monocrática nos termos do art. 557 do CPC.



Quando é feita por meio de juiz singular, é óbvio que este julga sempre originariamente, enquanto o Tribunal pode julgar tanto originariamente quanto em grau de recurso. (CUNHA Jr. 2012, p. 163).

Por meio do controle difuso de constitucionalidade, o Juiz ou Tribunal verificam se as normas aplicáveis ao caso concreto posto à sua apreciação estão ou não em conformidade com o texto constitucional, deixando de aplicar aquelas contrárias à Constituição. Para a solução do conflito discutido em juízo, o magistrado ou Tribunal deve examinar acerca da constitucionalidade da espécie normativa para, então, decidir sobre o objeto principal da ação. Essa modalidade de controle de constitucionalidade autoriza o magistrado ou Tribunal a decidir sobre a incidência ou a não aplicação da norma no caso concreto, justificada em razão da nulidade do ato inconstitucional. A análise da constitucionalidade do ato normativo é questão prejudicial que deve ser apreciada pelo Poder Judiciário para o deslinde do caso concreto, isto é, é considerada como causa de pedir ou razão de decidir, jamais como pretensão principal.

Quanto aos efeitos, via de regra, a sentença produz efeitos somente para as partes, não extrapolando os limites estabelecidos na lide.

Pedro Lenza ensina (2014, p. 314):

No momento que a sentença declara ser a lei inconstitucional (controle difuso realizado incidentalmente), produz efeitos pretéritos, atingindo a lei desde a sua edição, tornando-a nula de pleno direito. Produz, portanto, efeitos retroativos.

Assim, no controle difuso, para as partes os efeitos serão: a) inter partes e b) ex tunc.

Cabe alertar que o STF já entendeu que, mesmo no controle difuso, poder-se-á dar efeito ex nunc ou pro futuro.

Dirley da Cunha (2012, p. 170) também coaduna-se a este entendimento:

[..] no controle incidental, a declaração de inconstitucionalidade restringe-se às partes litigantes, ainda que, em face de recurso extraordinário (ou no exercício de sua competência originária), a decisão de inconstitucionalidade seja proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, continua a lei ou ato normativo impugnado, e declarado inconstitucional em relação àquelas partes, a vigorar e a produzir efeitos relativamente a outras situações e

peçoas, a menos, que igualmente, se provoque a jurisdição constitucional, logrando essa pessoa obter idêntico pronunciamento. Vê-se, por conseguinte, que é decorrência natural do controle incidental de constitucionalidade, nos países que não adotam o princípio do *stare decisis*, a *possibilidade de existência de leis ou atos normativos inconstitucionais para uns e constitucionais para os outros*.

Destarte, e em resumo, são efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade no controle incidental, independentemente do órgão jurisdicional que o exerça: a) a inconstitucionalidade inter partes da lei ou ato, e b) a retroatividade da decisão, que pronuncia a nulidade (efeitos ex nunc) da lei ou ato, ressalvada a hipótese de limitação dos efeitos, com base nas leis 9.868 e 9.882/99.

Vale dizer, que ultimamente, o sistema de controle difuso de constitucionalidade está em evolução constante, aproximando-se cada vez mais do controle concentrado em relação aos seus efeitos. Há nítida objetivação das decisões prolatadas no controle difuso, como a edição de súmulas vinculantes, as reclamações ao STF para dar aplicação a outros processos de decisões prolatadas no controle difuso, o instrumento da repercussão geral, a introdução do parágrafo único ao art. 741 do CPC, entre outros.

Nessa tendência, surge a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso de constitucionalidade. Necessariamente, precisa ser aplicada essa teoria para que a decisão em processo inter-partes tenha efeitos a terceiros, já que o dispositivo nesse tipo de ação tratará do bem da vida, que não interessa a terceiros. O STF, encabeçado pelo Min. Gilmar Mendes, vem decidindo nesse sentido, para dar efeito automático a essas decisões, conforme se depreende nas Reclamações nº 4335 e 2986. O Ministro declarou ser caso de mutação constitucional, pelo qual caberia ao Senado a tarefa de apenas dar publicação ao que foi decidido pela Corte Suprema.

Para Pedro Lenza (2014, p. 321):

Embora a tese de transcendência decorrente do controle difuso pareça bastante sedutora, relevante e eficaz, inclusive em termos de economia processual, de efetividade do processo, de celeridade processual (art. 5º, LXXVIII – reforma do Judiciário) e de implementação do princípio da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), afigura-se faltar,

ao menos em sede de controle difuso, dispositivos e regras, sejam processuais, sejam constitucionais, para a sua implementação.

O efeito *erga omnes* da decisão foi previsto somente para o controle concentrado e para a súmula vinculante (EC n. 45/2004) e, em se tratando de controle difuso nos termos da regra do art. 52, X, da CF/88, somente após atuação discricionária e política do Senado Federal.

[...]

Assim na medida em que a análise de constitucionalidade da lei no controle difuso pelo STF não produz efeito vinculante, parece que somente mediante necessária reforma constitucional (modificando o art. 52, X, e a regra do art. 97) é que seria possível assegurar a constitucionalidade dessa nova tendência – repita-se bastante “atraente” – da transcendência dos motivos determinantes no controle difuso, com caráter vinculante.

#### **4. CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

O controle concentrado surgiu no Brasil através da emenda Constitucional nº 16, que atribuiu ao STF competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal.

Através desse modelo de controle, é feita a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo objetivando alcançar a invalidação da lei para firmar a segurança das relações jurídicas.

Não se discute nenhum interesse subjetivo, por não haver partes (autor e réu) envolvidas no processo. Logo, ao contrário do sistema difuso, o sistema concentrado possui natureza objetiva, buscando a manutenção da supremacia da Constituição Federal.

Segundo Dirley da Cunha (2012, p. 183/184):

A Constituição vigente ampliou e aperfeiçoou o controle concentrado, com a criação de novas ações diretas e a extensão da legitimidade para provocar a jurisdição concentrada no Supremo Tribunal Federal a outras autoridades, órgãos e

entidades, além de haver acenado para a possibilidade de adoção de efeitos vinculantes nas decisões proferidas no âmbito das ações próprias deste sistema de controle, com o que aproximou muito o Supremo Tribunal brasileiro aos tribunais Constitucionais europeus.

À vista desse modelo, instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma fiscalização abstrata das lei ou atos normativos do poder público em confronto com a Constituição. Tal se dá em face do ajuizamento de uma ação direta cujo pedido principal é a própria declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

Assim, a questão constitucional, no controle concentrado, assume a natureza de questão principal, porque relacionada ao próprio objeto da demanda, distinguindo-se do controle difuso, no âmbito do qual – lembraremos – a questão constitucional se limita à mera questão prejudicial, suscitada como incidente ou causa de pedir, porém jamais como pedido. Por isso, o controle concentrado – à exceção do que ocorre na ADPF incidental – é provocado por via principal, com a propositura de uma ação direta, através da qual se leva ao Supremo Tribunal federal a resolução, em tese, de uma antinomia entre uma norma infraconstitucional e uma norma constitucional, sem qualquer análise ou exame de caso concreto. O Supremo tribunal Federal se limita a examinar abstratamente o confronto entre as normas em tela, como medida de assegurar, objetivamente, a supremacia da Constituição.

O controle concentrado pode ser verificado em cinco situações: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI) (sobre a qual veremos mais detalhadamente no próximo tópico), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Representação Interventiva (ADI Interventiva), e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

## **5 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI)**

### **5.1 LEGITIMIDADE**

Tem legitimidade para propor uma ADI, todos aqueles que estão prescritos no artigo 103 CF, dispondo dessa forma (CUNHA Jr; NOVELINO, 2012, p. 654):

- I – Presidente da República;
- II – a Mesa do Senado Federal;
- III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV – a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI – o Procurador-Geral da República;
- VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ressalta-se, que tais legitimados para a propositura da direta de inconstitucionalidade não são considerados parte, ao menos do ponto de vista material, uma vez que, essa ação possui caráter objetivo, inexistindo parte e quaisquer litígios referentes a situações subjetivas ou individuais.

Também não poderá ser declarado na condição de parte passiva nas ações diretas, o Advogado-Geral da União, a despeito do que dispõe o § 3º do art. 103 da Constituição Federal, pois este defende o ato ou o texto impugnado. “A posição do AGU na ação direta de inconstitucionalidade por ação é, segundo esclarece o Supremo Tribunal Federal, de curador da presunção de constitucionalidade da lei, devendo, pois, obrigatoriamente, defender o ato impugnado” (CUNHA Jr; NOVELINO, 2012, p. 655).

Embora a Constituição Federal não faça qualquer distinção entre os legitimados para a propositura da ADI, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem restringido a legitimidade de alguns daqueles já mencionados, exigindo-lhes a chamada pertinência temática, ou seja, a demonstração do interesse de agir, devendo demonstrar relação lógica entre a questão versada na lei ou ato e os interesses defendidos por esses legitimados.

Assim, em razão da orientação jurisprudencial do STF, há dois tipos de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade: a) os legitimados universais, que não precisam satisfazer o requisito da pertinência temática, são eles: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o partido político com representação no Congresso Nacional, e b) os legitimados não universais ou especiais, que necessitam demonstrar o interesse de agir, ou seja, a adequação temática, são eles: Governador do Estado, da Mesa da Assembleia Legislativa, da confederação sindical e das entidades de classe de âmbito nacional. (CUNHA Jr; NOVELINO, 2012, p. 656).

Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 1228):

A relação de pertinência envolve inequívoca restrição ao direito de propositura, que, tratando-se de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição da ação – análoga, talvez, ao interesse de agir do processo civil -, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas.

## 5.2 PARÂMETRO E OBJETO

Tendo em vista que a ação direta de inconstitucionalidade apresenta-se como uma ação constitucional destinada à defesa genérica de todas as normas constitucionais, ela tem por parâmetro toda a Constituição (parte permanente e parte transitória). (CUNHA Jr, 2012, p. 220).

O objeto é a lei ou ato normativo que se mostrarem incompatíveis com o sistema.

“Entendam-se por lei todas as espécies normativas do art. 59 da CF/88, quais sejam: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções”. (LENZA, 2014, p. 329).

Atos normativos, segundo Alexandre de Moraes, podem ser: a) resoluções administrativas dos tribunais; b) atos estatais de conteúdo meramente derogatório, como as resoluções administrativas, desde que incidam sobre atos de caráter normativo.



O autor, valendo-se das palavras de Castanheira A. Neves observa que poderá ser objeto de controle qualquer “ato revestido de indiscutível caráter normativo, motivo pelo qual incluímos aí os regimentos internos dos tribunais.” (LENZA, 2014, p. 329).

Podem ser também objeto de controle, os tratados internacionais, regulamentos de execução (que ao revés de complementarem as leis, invadem domínio de reserva legal, ou quando se trata de regulamento autônomo com força de lei).

Para o STF, sentenças normativas, súmulas, leis orçamentárias e convenções coletivas de trabalho, não podem figurar como objeto do controle abstrato de constitucionalidade.

### **5.3 PROCEDIMENTO. LEI Nº 9.868/99.**

O procedimento que uma ação direta de inconstitucionalidade deve seguir o que está prescrito na Lei No 9.868/99.

De referência à ação direta de inconstitucionalidade, dispõe ,em suma, a mencionada lei que, proposta a ação (pelos legitimados arrolados no art. 103 da Constituição, reproduzidos no art. 2º da lei), o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Se o ato impugnado for uma lei federal, as informações serão pedidas ao Congresso Nacional e ao Presidente da república (salvo se tiver vetado o projeto). Se for uma lei estadual, serão solicitadas ditas informações à Assembléia Legislativa e ao Governador do Estado (salvo se este também tiver vetado o projeto). Em se tratando porém, de ato normativo simples (por exemplo, uma medida provisória), as informações serão requeridas de quem o editou (no exemplo citado, o Presidente da República). Por óbvio, as informações serão dispensadas quando o requerente e o requerido forem o mesmo órgão, como nas hipóteses de ação direta proposta por governador contra ato de seu antecessor.

Se houver requerimento de medida cautelar, o relator – após, em regra, a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato impugnado, que deverão pronunciar-se em cinco dias e somente sobre os requisitos da medida cautelar – submetê-lo ao plenário do Tribunal e, somente após a decisão, pedirá informações. Nada impede, entretanto, que a medida cautelar possa, a juízo do plenário, ser apreciada após o recebimento das informações. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias, contado do recebimento do pedido. (CUNHA Jr., 2012, p. 233/234).

Ressalta-se que o caput do art. 10 da referida Lei, permite, que nos períodos de recesso da Corte, excepcional concessão da medida cautelar monocrática nas ações diretas de inconstitucionalidade, ainda, nos casos de urgência (art. 10 § 3º) permite o deferimento da medida cautelar sem audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanaram os atos impugnados. Todavia, a aplicação deste dispositivo deve ocorrer para preservar o resguardo da segurança, da ordem pública ou do interesse social.

A lei veda a intervenção de terceiros no processo da ação direta de inconstitucionalidade, em decorrência de sua natureza eminentemente objetiva, admite porém, a depender da relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, através de despacho irrecorrível a figura do *amicus curiae*.

O termo em latim - *amicus curiae* - significa "amigo da corte", ou seja, não é "amigo" das partes, e permite que terceiros possam integrar a demanda com o objetivo de discutir teses jurídicas que possam afetar a sociedade como um todo, sendo necessária a demonstração do seu interesse jurídico.

Para ser admitido como *amicus curiae*, imprescindível o preenchimento de ambos os requisitos (relevância da matéria e representatividade do postulante) previstos no artigo 7º, §2º, da Lei 9868/99 , que assim dispõe:

Art. 7º. [...]

Parágrafo 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Cumprir lembrar que o terceiro que pretende ingressar no feito na condição de amigo da corte, deve demonstrar o seu interesse jurídico, e não meramente econômico.

Neste sentido, ensina Esther Maria Brighenti dos Santos que:

Da leitura do art. 7º, parágrafo 2º da Lei 9.868/99 cumpre advertir que o legislador ordinário concedeu a legitimidade para as entidades elencadas no rol do art. 2º, da referida lei, e também a "outros órgãos ou entidades", que deverão manifestar sobre seu interesse jurídico e não puramente econômico. A entidade é a associação de pessoas que representa o interesse comum de determinada categoria com atividades profissionais idênticas. Também podem ingressar

como *amicus curiae* os titulares de legitimidade para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade elencados no art.103 da Constituição da República. Assim também, a Lei n 10.259/2001 que dispõe sobre os Juizados Federais, prevê no art.14, § 7 a intervenção de eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo. (disponível em <<<http://jus.com.br/revista/autor/esther-maria-brighenti-dos-santos>>> acesso em 10.06.2015).

Nesse sentido a doutrina de Fredie Didier Júnior (2006, p. 345):

É o *amicus curiae* verdadeiro auxiliar do juízo. Trata-se de uma intervenção provocada pelo magistrado ou requerida pelo próprio '*amicus curiae*', cujo objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. A sua participação consubstancia-se em apoio técnico ao magistrado.

[...]

A tendência é que se possa admitir o '*amicus curiae*' em qualquer causa, desde que ela seja relevante e o '*amicus curiae*' tenha representatividade..

Nas lições de Milton Luiz Pereira, a intervenção do *amicus curiae* deve-se ater ao interesse público do processo submetido à análise judicial, sobre a qual se legitima a participação processual do terceiro, desde que ele demonstre o fundamento jurídico de sua pretensão (Amicus curiae: intervenção de terceiros. Revista de Processo, São Paulo: RT, ano 28, n. 109, 2003, p. 41).

Dessa forma, para que se possa autorizar a admissão do *amicus curiae*, necessário se faz que o interesse alegado transcenda o mero interesse individual do próprio requerente, caracterizando um interesse público. Por sua vez, Fredie Didier Jr. (2009, p. 337) destaca que o terceiro deve peticionar expondo os fatos e razões pelas quais considera ter interesse jurídico na demanda.

Nesse sentido:

[...] 2. A intervenção do *amicus curiae* no processo deve se ater ao interesse público do processo submetido à análise judicial, sobre o qual se legitima a participação processual do terceiro. 3. O interesse institucional pode eventualmente

caracterizar-se como público, desde que transcenda o interesse individual do próprio *amicus curiae*. 4. O pedido de assistência exige a iniciativa do terceiro, que deve peticionar expondo os fatos e as razões pelas quais considera ter interesse jurídico na demanda. 5. Recurso especial parcialmente provido (REsp 1192841/RJ, Rel.Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 13/05/2011).

[...] 2. A intervenção no processo como *amicus curiae* deve-se ater ao interesse público do processo submetido à apreciação judicial, o que não se verifica na espécie. 3. Agravo regimental não provido (AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1344785/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 20/05/2013).

Não há prazo para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Pode a mesma, portanto, ser ajuizada a qualquer tempo. O vício da inconstitucionalidade, por comprometer toda a ordem jurídica estatal, é imprescritível.

#### **5.4 DECISÃO E EFEITOS**

Uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em discussão, a decisão terá os seguintes efeitos:

- *Ex tunc*, retroativo como consequência do dogma da nulidade, que por ser inconstitucional, torna-se nula, por isso perde seus efeitos jurídicos;

- *Erga omnes*, será assim oponível contra todos;

-Vinculante, relaciona-se aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal. Uma vez julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade pelo STF, sua vinculação será obrigatória em relação a todos os órgãos de Poder Executivo e do Judiciário, que daí por diante deverá exercer as suas funções de acordo com a interpretação dada pelo STF. Tal efeito vinculante, aplica-se também ao legislador, pois não poderá editar nova norma com preceito igual ao declarado inconstitucional.

- Repristinatório, em princípio vai ser restaurada uma lei que poderia ser revogada, ou seja, restabelece a legislação anterior revogada pela lei declarada nula (art. 11, § 2º, da Lei 9.868/99).

Esse efeito consistente na nulidade retroativa, contudo, já vinha sofrendo alguns temperamentos pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por razões de segurança jurídica. Atualmente a Lei 9.868/99, pelo seu art. 27, permite ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista as razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, desde que se pronuncie por maioria de dois terços de seus membros, forjar os efeitos das decisões proferidas nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Assim, foi concedido ao STF o poder de excepcionar a própria regra do efeito erga omnes e do efeito declaratórios ex tunc das decisões proferidas em sede de controle concentrado-principal, para emprestar a estas decisões efeitos mais limitados e efeitos constitutivos ou ex nunc ou pro futuro, no que, a nosso ver andou bem, tendo em consideração a circunstância de que a “fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar”.(CUNHA, 2012, p. 243).

Ainda, a propósito dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal vem adotando técnicas compatíveis com o controle abstrato de constitucionalidade, tais quais, a interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Consoante postulado do direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição [...]. Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição. Essa variante de decisão não prepara maiores embaraços no âmbito do controle incidental de normas, uma vez que aqui o Tribunal profere decisão sobre um caso concreto que vincula apenas as partes envolvidas.

A interpretação conforme à Constituição passou a ser utilizada, igualmente no âmbito do controle abstrato de normas. Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição. O resultado da interpretação, normalmente é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 1405).

Já a técnica da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto tem sido utilizada para considerar inconstitucional determinada hipótese

de aplicação da lei, sem proceder a qualquer alteração do seu texto normativo. Isto é, distintamente da técnica da interpretação conforme, com base na qual o Supremo Tribunal Federal excluiu determinadas hipóteses de interpretação da norma, para lhe emprestar aquela que compatibilize com o texto constitucional, a técnica de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto possibilita o Supremo Tribunal Federal excluir determinadas hipóteses de aplicação da norma, que aparentemente seriam factíveis e que levaria a uma inconstitucionalidade. (CUNHA, 2012, p. 245).

## **6. CONCLUSÃO**

Através deste trabalho, procurou-se descrever de forma resumida as diretrizes que conceituam e compõem o procedimento da ação direta de inconstitucionalidade (genérica).

Primeiramente, objetivou-se explicar o surgimento do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Conseqüentemente, classificou-se a referida ação descrevendo o conceito trazido pela doutrina, quanto ao controle realizado de forma difusa e concentrada.

Partiu-se então para o estudo da ação direta de inconstitucionalidade, traçando a partir dos preceitos trazidos pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei 9.868/99, os legitimados para a propositura desta ação, e o objeto, qual seja a de eliminar contrariedade do texto legal em face do Texto da Carta Magna.

Procurou-se contornar de forma didática os aspectos processuais e procedimentais da ação direta de inconstitucionalidade, trazendo questões de relevância como cabimento das medidas cautelares e suas peculiaridades, o objeto e os fundamentos desta ação. Tratando por fim, sobre a decisão e seus respectivos efeitos no ordenamento jurídico como um todo, bem como modos de interpretação.

Assim, verificou-se a importância da ação direta de inconstitucionalidade como instrumento democrático efetivo, do qual, se extrai a possibilidade de correção de leis ou atos normativos que não receberam o selo de constitucionalidade, retirando do ordenamento jurídico tais normas.

## **7. REFERÊNCIAS**

JÚNIOR, Dirley da Cunha. Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.



JÚNIOR, Dirley da Cunha; NOVELINO, Marcelo. Constituição Federal para concursos. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

JUNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, 6 ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2006.

JUNIOR, Fredie Didier. Curso de direito processual civil, vol. I, 11º ed. Salvador: Editora Jus Podvim, 2009.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

<<<http://jus.com.br/revista/autor/esther-maria-brighenti-dos-santos>>>

PEREIRA, Milton Luiz. Amicus curiae: intervenção de terceiros. Revista de Processo, São Paulo: RT, ano 28, n. 109, 2003.

## A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

**ANA CRISTINA TEIXEIRA BARRETO:**

Defensora Pública do Núcleo de Atendimento à infância e juventude da Defensoria Pública do Ceará

**Resumo:** O presente artigo versa sobre a filiação socioafetiva e sua repercussão no direito de família brasileiro, à luz da Constituição Federal, analisando como se dá a formação, o reconhecimento e tutela dessa nova instituição familiar, bem como dos direitos e deveres morais, patrimoniais e jurídicos dos filhos afetivos, dentre eles, o da convivência familiar, o da proteção, o da guarda e o de prestar alimentos, analisando a atuação do Estado-juiz, da família e da sociedade em relação à necessidade de se pôr em prática esses direitos.

**Palavras-chave:** Filiação. Socioafetividade. Paternidade.

**Abstract:** This article speaks about socio-affective affiliation and its repercussion on the Brazilian Family Rights, in light of the Federal Constitution, analyzing how takes place, how is recognized and how is guarded by law this new family institution, as such as the morals, patrimoniais and legal rights and duties of the affective sons, which includes the right of family acquaintanceship, protection, custody and alimony, analyzing the acting of the Judge State, of the family and of the society in regarding of putting into practice these rights.

**Keywords:** Affiliation. Socioaffectiveness. Paternity.

**Sumário:** Introdução. 1. Família: origem, evolução histórica. 2. A família no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Elementos caracterizadores da filiação socioafetiva. 4. Direitos e deveres dos filhos socioafetivos. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A filiação socioafetiva, indubitavelmente, é uma realidade fática, um status social e se caracteriza pelo autorreconhecimento do vínculo de parentesco entre pais e filhos, pela família extensa, parentes, amigos, comunidade e pela sociedade em que vivem.

Essas novas possibilidades, ao mesmo tempo em que importam na quebra de paradigmas históricos sobre a paternidade e o sistema de presunção da maternidade certa, podem suscitar dúvidas e conflitos, como por exemplo, sobre a responsabilidade paterna e materna ou filial em relação ao parente socioafetivo.

A partir do reconhecimento formal desse tipo de filiação formada sem vínculo biológico, com base em laços sentimentais de amor e afeto, existente na prática, mas ainda não reconhecida expressamente pela legislação e pelo sistema de garantia de direitos do Direito brasileiro, surge a necessidade urgente de tutela jurídica sobre os direitos e deveres aplicáveis a essa relação interpessoal.

A rapidez na evolução da formação e constituição das famílias nem sempre é acompanhada com a mesma velocidade pela atualização e modernização normativa, fazendo surgir muitos questionamentos e inquietações, ainda sem resposta no ordenamento jurídico brasileiro, por falta de disciplinamento legislativo específico e positivação sobre essas relações.

De fato, ante a ausência de legislação que verse sobre o assunto, os julgamentos se fundamentam na doutrina e jurisprudência, fazendo ressaltar a importância de estudos acadêmicos e científicos que possam contribuir para a consolidação de um entendimento mais consubstanciado sobre a afetividade no direito de família brasileiro.

Diante disso, buscaremos responder às seguintes indagações: como se dá o reconhecimento da filiação socioafetiva? Existe prevalência da filiação biológica sobre a socioafetiva, ou vice-versa? Qual a repercussão do reconhecimento da filiação socioafetiva no Direito de Família? Que direitos e obrigações decorrem do reconhecimento desse tipo de filiação?

Por fim, em razão de toda a complexidade inerente ao tema, não se pretende esgotar todos argumentos existentes sobre o assunto, configurando-se, na verdade, como mais uma contribuição no sentido de compreender melhor alguns aspectos relativos à filiação socioafetiva.

## **1. FAMÍLIA: ORIGEM, EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

A família é um fenômeno cultural, seu conceito e sua estruturação evoluem de acordo com a evolução da própria sociedade. A organização atual das famílias está bastante diversificada. O casamento e as relações de parentesco, firmadas com base em laços de consanguinidade, não mais representam, com exclusividade, os lares e famílias brasileiras.

Deveras, novas formas de família, como as famílias recompostas, formada pela união de pessoas advindas de lares desfeitos, as famílias socioafetivas, formadas por pessoas sem laços de parentesco biológicos que se unem pelos sentimentos de afeto e de amor fazem parte da nossa sociedade.

Por consequência, essa nova realidade social exigiu mudanças de paradigmas para superar o modelo de família patriarcal e de sociedade patrimonialista, afastando a marca eminentemente patrimonialista e liberal das codificações, revelando a importância da desbiologização e da afetividade nas relações de parentesco.

Família hoje é compreendida para além dos laços de consanguinidade, prevalecendo os laços de sentimento, afinidade sobre os vínculos biológicos, sem qualquer relação ou aparência de relação familiar, além da herança genética. Família é aquela que se constrói com afeto, cuidado, amor e atenção. A família é a que se constrói e não um mero destino biológico.

Ocorre que a matéria não se encontra positivada de forma expressa no ordenamento jurídico de forma a dar prontas respostas a todas essas demandas, gerando posicionamentos ainda não unânimes e que podem gerar insegurança jurídica, na medida em que a solução depende do entendimento e subjetividade dos órgãos julgadores, ainda tendenciosos pela prevalência das relações biológicas sobre as afetivas.

É inegável a repercussão da filiação afetiva na instituição da família moderna e no direito brasileiro, notadamente, no que se refere ao poder/dever de guarda, zelo, cuidado, educação e alimentação dos filhos.

Embora inexista previsão legal explícita, essa ausência normativa não impede que da filiação socioafetiva decorram efeitos personalíssimos, morais, patrimoniais e jurídicos, notadamente, no que se refere à guarda, à obrigação alimentar e aos direitos sucessórios, razão pela qual esse instituto merece a tutela estatal e o reconhecimento formal pelo estado-legislador, pelo estado-Juiz, bem como pela própria sociedade.

## **2. A FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

A família, base da sociedade, recebeu proteção jurídica no ordenamento jurídico interno, por meio da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, como o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, de modo a garantir aos seus membros que os laços familiares se estabeleçam de forma saudável, capaz de garantir sustento, educação, alimentação, segurança, carinho e afeto aos seus integrantes.

Historicamente, o conceito de parentesco no direito civil brasileiro passou por diversas fases. A primeira fundava-se na verdade jurídica (art. 1597, CC). Os avanços na medicina nos levaram para a segunda fase, a da verdade biológica. Atualmente, estamos na terceira fase, a da verdade socioafetiva, que relativiza o aspecto

biológico aduzindo que parente é aquele que possui vínculos de afetividade e de afinidade.

O conceito de família não se restringe mais a um grupo de pessoas unidas em razão de possuírem a mesma herança genética. Trata-se agora de instituto afetivo que ratifica o conteúdo do seguinte brocardo popular: “pai e mãe é quem cuida, é quem cria e não quem apenas cede o material genético”.

A Constituição Federal, em seu art. 226, § 4º, reconhece e protege as novas formas de constituição de família, como a união estável entre o homem e a mulher, pessoas de diferentes sexos, a família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes: “entende-se como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes”.

Ainda, no campo constitucional, em seu capítulo VII, o art. 227, da Constituição Federal, dispõe que a paternidade vai além dos alimentos e da herança.

Por sua vez, o art. 1.593 do Código Civil assim dispõe: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

De fato a expressão “outra origem” é o fundamento legal do parentesco socioafetivo, fundado, essencialmente, na chamada tese de desbiologização da paternidade.

Alyrio Cavalieri, em apud de João Batista Villela menciona que a tese desbiologização da paternidade visa diminuir o mito da consanguinidade, deixando de lado a suprema importância da origem biológica do filho, para dar o devido valor a parentalidade afetiva. (Revista da EMERJ, nº 10, volume 03, 2000, páginas 10 e seguintes).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 26, dispõe que os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação, até porque é vedada, constitucionalmente, qualquer distinção entre os filhos.

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:

Com a previsão pela Constituição de 1988 dos princípios da dignidade da pessoa humana (1º, III), da solidariedade social e da igualdade substancial,

insculpido nos art. 3º e 5º, a família ganhou uma feição igualitária, democrática e plural.

A família, formada essencialmente pelo casamento, cedeu lugar à família instrumento de desenvolvimento da personalidade de seus membros. A preocupação não é mais somente o casamento, os laços formais, mas sim os laços afetivos que unem seus membros, que não estão ligados apenas por laços de consanguinidade, mas, sobretudo, de afeto e de amor.

Não é mais, portanto, o sangue ou o casamento que definem a família e que regem os efeitos patrimoniais das relações familiares, mas, sobretudo, o afeto, o amor, a solidariedade, a assistência mútua entre seus integrantes, caracterizando assim a desbiologização do novo direito de família.

Afirmado o afeto como base fundamental do Direito de Família atual, vislumbra-se que, composta a família por seres humanos, decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável, apresentando-se sob tantas e diversas formas, quantas sejam as possibilidades de se relacionar e expressar amor.

A socioafetividade é, portanto, a relação familiar que nasce do afeto entre as pessoas. Assim, a posse do estado de filho caracteriza a verdade real que prepondera sobre a verdade biológica.

A paternidade não é, pois, um fato da natureza, mas um fato cultural. Entrementes, não se pode concluir que a paternidade depende unicamente da vontade, pois aí se estaria a premiar o genitor irresponsável que sob a alegação de não querer ser pai desprezaria o filho, deixando-o a sorte de encontrar ou não um pai socioafetivo no transcorrer da vida.

Assim, o laço biológico não deve ser esquecido, mas sim transcendido para melhor atender aos interesses da criança e do adolescente, priorizando-se o afeto, independentemente do aspecto biológico.

Os caracteres patrimoniais, no âmbito da família, devem ser secundários diante da afetividade. O conteúdo patrimonialista provoca verdadeira inversão de valores, de modo que se privilegia o acessório – ou seja, o eventual patrimônio existente na relação familiar – em detrimento do principal, vale dizer: o elemento afetivo. Nesse sentido, segue a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo (2010, on line):

A família tradicional aparecia através do direito patrimonial e, após as codificações liberais, pela multiplicidade de laços individuais, como sujeitos atomizados. Agora, é fundada na solidariedade, cooperação, no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma



comunidade de vida. A família atual é apenas compreensível como espaço de realização pessoal afetiva, no qual os interesses patrimoniais perderam seu papel de principal protagonista. A repersonalização de suas relações revitaliza as entidades familiares, em seus variados tipos ou arranjos.

A afetividade entre pai e filho, assim compreendido como o elo constituído pela assunção de papéis de filho e de pai, por seu turno, pressupõe a convivência familiar entre ambos para se estabelecer e fortalecer. E muito embora não se possa obrigar o surgimento ou fortalecimento de afeto, amor e carinho entre pai e filho, pode o direito obrigar ao pai a conviver com seu filho, a não abandoná-lo, desprezá-lo ou ignorá-lo.

O afeto foi reconhecido como valor jurídico, tendo em vista a consagração de princípios como o da igualdade de homens e mulheres, o estatuto unitário da filiação e o reconhecimento dos diversos modos de formação da família.

Todavia, o entendimento que hoje nos parece lógico, encontrava resistência em nossos doutrinadores e aplicadores do Direito. Paulo Luiz Netto Lobo (2004. p. 507/508) destaca que, em havendo conflitos entre a filiação biológica e a filiação socioafetiva, a solução se dava sempre em favor da primeira.

Na verdade, apenas recentemente a filiação socioafetiva passou a ser vista como uma categoria própria pelos juristas, merecedora de uma construção adequada.

O afeto é, portanto, condição para o desenvolvimento humano, para se relacionar e entender o outro e a si mesmo, respeitar a dignidade e desenvolver uma personalidade saudável. É condição sine qua non para a dignidade humana.

Nesse prisma, a filiação pode ser apresentada sob diferentes faces. A biológica, que deriva da identificação genética entre pais e filhos; a jurídica, que é imposta pela lei e a socioafetiva, que se revela naturalmente devido à convivência entre as pessoas.

A verdadeira paternidade ou maternidade só é alcançada a partir de um ato de vontade, de um desejo, independente de ser ela biológica ou não. O afeto é um elemento muito importante na real identificação da paternidade/maternidade quanto um sobrenome proveniente de uma relação biológica. Nos dizeres de Marcelo di Rezende Bernardes (2010, on line):

Acreditamos, por certo, que este instituto jurídico familiar identificado como paternidade socioafetiva, mesmo ainda não respaldado com solidez pela legislação civil em voga, mas que já vem sendo admitido pelos Tribunais do país, enquadrado

como um fato e integrado ao sistema de direito, concretizará como a mais importante de todas as formas jurídicas de paternidade, onde seguirão como filhos legítimos os que descendem do amor e dos vínculos puros de espontânea afeição, tendo um significado mais profundo do que a verdade biológica.

A verdade socioafetiva é tão importante quanto a verdade biológica. A realidade jurídica da filiação não é, portanto, fincada apenas nos laços biológicos, mas na realidade de afeto que une pais e filhos, e se manifesta em sua subjetividade e, exatamente, perante o grupo social e à família.

Na visão de Sérgio Pereira (2004, p.429), a paternidade/maternidade é acima de tudo socioafetiva, formada por laços afetivos cujo significado é mais profundo do que a verdade biológica, onde a dedicação, a proteção, o amor paterno/materno para com o filho, no dia a dia, revelam uma verdadeira afetividade. Assim, a paternidade/maternidade vai sendo formada pelo livre desejo de atuar em integração e interação paterno-filial.

No mesmo sentido preconiza Luiz Edson Fachin (1996, p.33), como se percebe abaixo:

A verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços da paternidade numa relação da paternidade psicoafetiva; aquele, enfim, que, além de poder lhe emprestar seu nome de família, trata-o como sendo verdadeiramente seu filho perante o ambiente social.

Assim, na visão moderna o pai é considerado aquele que educa, que cuida, alimenta e acompanha o crescimento e a formação do filho, seja este filho biológico, adotivo ou simplesmente do coração.

Rolf Madaleno (2000, p.40) também entende que a filiação socioafetiva é construída pelo livre desejo de atuar em interação paterno-filial, formando laços de afeto que nem sempre estão presentes na filiação biológica, até porque a paternidade/maternidade real não é biológica, mas sim cultural, fruto da convivência, do carinho, do amor e do respeito existente entre o pretense pai e o suposto filho.

José Bernardo Ramos Boeira (1999, p.20) salienta que cresce a cada dia a importância da noção de "posse de estado de filho", que revela a constância social da relação paterno-filial, caracterizando uma paternidade/maternidade existente, não pelo fator biológico ou por força de presunção legal, mas em virtude de elementos que são frutos de uma convivência afetiva.

Distingue-se, portanto, a figura do genitor, que é aquele que apenas é parente pelo vínculo biológico, dos pais, que são aqueles que são parentes pelo vínculo socioafetivo.

Balizar o ensinamento do professor Rodrigo da Cunha Pereira quando o mesmo afirma que:

“ (...) papel social do pai e da mãe, despreendendo-se do fator meramente biológico (...) ou seja, o pai é muito mais importante como função social do que propriamente como genitor” (“Direito de Família, uma abordagem Psicanalítica”, Ed. Del Rey, 1997, página. 131-136).

O princípio da afetividade está presente, portanto, nas relações familiares através da igualdade da filiação, independentemente da existência ou não de laços biológicos, na maternidade e paternidade socioafetiva, na comunhão plena de vida, na solidariedade existente entre seus integrantes.

### **3. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA**

Diferentemente da filiação biológica, a filiação socioafetiva não pode ser comprovada com um simples exame ou com a presunção de paternidade em virtude do casamento.

A paternidade/maternidade socioafetiva é considerada como a verdadeira paternidade, se constrói, se forma e se fortalece no dia a dia, sendo evidenciada principalmente pela presença dos elementos denominados de “trato” e “fama”.

A filiação baseada nas relações afetivas reconhece a família formada por pais e filhos como aquela que é unida não apenas por um vínculo biológico, mas por laços de afeto. Assim, surgiu uma nova forma de parentesco civil, a parentalidade socioafetiva, baseada na posse de estado de filho.

Trata-se de modalidade de filiação construída no amor, gerando vínculo de parentesco por opção. A adoção consagra a paternidade socioafetiva, baseando-se não em fator biológico, mas em fator sociológico (Manual de Direito das Famílias, Maria Berenice Dias, 3ª edição, Editora dos Tribunais, 2006, página 385).

Nesse diapasão, a posse do estado de filho, apesar de ainda não estar formalmente reconhecida em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista as constantes mudanças sociológicas, nem sempre acompanhadas com a mesma velocidade pelo sistema normativo, vem exigindo uma nova resposta dos julgadores para a solução dos conflitos dela decorrentes.

Para a caracterização da posse de estado de filho, segundo José Bernardo Ramos Boeira (1999, p.104) são utilizados pela doutrina três elementos: o nome, o trato e a fama, sem que, contudo, se estabeleça uma hierarquia entre esses elementos. Esses elementos corresponde a *reputatio*; *nominatio* e ao *tractus*:

“*Reputatio*”: A criança deve ter a reputação, a fama de filha, ou seja, deve ser encarada pela sociedade como tal.

“*Nominatio*”: O nome usado deve demonstrar a parentalidade, devendo a criança ser chamada de filha.

“*Tractatus*”: O tratamento dispensado ao infante deve ser o tratamento típico dispensado pelos pais aos filhos.

Contudo, ressalta o mesmo autor que a maior parte da doutrina admite que o fato do filho nunca ter usado o patronímico do pai não afasta a posse de estado de filho, se os elementos de trato e fama estiverem presentes. Nesse sentido, explica o autor:

No exame de seus elementos caracterizadores, é preciso distinguir que a intensidade com que irá revelar-se a “posse de estado de filho” pode variar de acordo com eventuais impedimentos que possa ter o pai em identificar, publicamente, esta situação. É evidente que, para os cônjuges, sem impedimentos de ordem legal ou ético-moral, é fácil demonstrar, ou, até mesmo invocar abertamente a posse de estado para justificar a filiação, ainda não regularizada ou cujo assento perdeu-se ou é insuficiente. Por outro lado, quando se tratar de filiação ilegítima e ainda, mais especificamente, de adulterina, é possível que a “posse de estado de filho.” Boeira (1999, p.104)

Os elementos caracterizadores da posse de estado de filho são analisados por Elisabeth Nass Anderle(2010, on line) da seguinte forma:

O “nome” é considerado o primeiro elemento e este se caracteriza pelo uso do nome da família, ou seja, o patronímico do suposto pai deve ser utilizado por seu pretense filho. Entretanto, como já foi dito, a doutrina não dá maior importância a este elemento, dizendo não sê-lo essencial para a configuração da posse de estado de filho, uma vez que, muitas vezes, o filho não utiliza o nome de seu pai.

Os demais elementos, ao contrário do nome devem necessariamente se fazer presentes para a configuração do estado de filho.

Por “trato” entende-se o tratamento dispensado ao pretense filho. É considerado elemento objetivo, pois se caracteriza pelo comportamento do

pretensio pai em relação ao suposto filho. Sustenta-se pela assistência material e moral dada ao filho, como por exemplo, o carinho, os cuidados, o afeto, a educação, a saúde, comuns a todos os pais no tocante aos seus filhos.

Neste aspecto, podem subsistir as assistências, material e/ou moral. Para a caracterização do elemento “trato” deve-se levar em consideração a situação pessoal do suposto pai, quer dizer, pode ocorrer que o pai não tenha condições econômicas para prestar assistência ou então que o filho não necessite de assistência material.

O elemento “fama” é a exteriorização desse estado da pessoa para o público, isto é, é necessário que a sociedade conheça determinada pessoa como sendo filho daquela, mediante as atitudes do suposto pai em relação ao seu pretensio filho. Assim, a sociedade deve ter a convicção de que realmente se trata de pai e filho.

Estando presentes os elementos de “trato e fama” e quando possível o “nome” tem-se configurada a filiação socioafetiva. A posse do estado de filho assemelha-se ao princípio da aparência, tendo em vista a exteriorização do amor paterno/materno, traduzidos no trato e na fama.

A posse do estado de filho vale-se da aparência para mostrar à sociedade uma relação fática existente, que não pode ser reconhecida como legal pela norma jurídica ante a ausência de comprovação jurídica por documentos ou registros formais. A posse de estado de filho está atrelada à duração, vez que só pode existir com o tempo, por meio da repetição de indícios cotidianos da filiação.

Em relação à posse do estado de filho assevera, José Bernardo Ramos Boeira:

“é também explicada pela teoria da aparência, em que a publicidade faz reconhecer uma situação jurídica em favor de um individuo que, na realidade, ainda não a possui.” (Investigação de Paternidade. Posse do Estado de Filho. Paternidade Socioafetiva. P 81. 1999).

#### **4. DIREITOS E DEVERES DOS FILHOS SOCIOAFETIVOS.**

A Constituição Federal igualou os filhos biológicos e não biológicos, estabelecendo os mesmos direitos e obrigações para com os pais, apresentando-se a paternidade como uma “via de mão dupla”, caracterizando-se como um conjunto de direitos e obrigações através do poder familiar, do qual decorre o dever de sustento dos pais em relação aos filhos que ainda não atingiram a maioridade civil, independentemente da relação conjugal existentes entre os pais, vez que tal poder deriva da paternidade, seja ela biológica ou afetiva.

O art. 1694 do Código Civil de 2002 estabelece que:

“podem os parentes, cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

Os alimentos têm por finalidade assegurar o direito à vida, razão pela qual são irrenunciáveis e impenhoráveis, assim como imprescindíveis e intransmissíveis, apresentando-se como pressupostos para o surgimento de tal direito, nos termos do art. 1694, caput e § 1º do Código Civil, o vínculo de parentesco, a necessidade do alimentado e a possibilidade econômica do alimentando. De fato, os alimentos somente são devidos em função do vínculo de parentesco, sem o qual não haverá êxito em eventual reclamação.

Através da análise do citado dispositivo, combinado com o art. 1593 também do Código Civil, que determina que o parentesco seja natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem, entende-se que o filho socioafetivo tem direito à concessão de alimentos, até mesmo porque o art. 1694 do CC não determina explicitamente quais parentes fariam jus a alimentos, razão pela qual se deve interpretar pela inclusão a filiação socioafetiva.

De fato, embora o Código Civil de 2002 não tenha reconhecido, de forma expressa, a filiação socioafetiva como fato ensejador do direito a alimentos, esse tipo de filiação encontra amparo no já citado art. 1593 do CC. Além disso, outros dispositivos do Código Civil reconhecem o estado de filiação socioafetiva, como o art. 1596, que estabelece a igualdade entre os filhos, e os artigos 1603, que determina que a filiação seja provada pela certidão de nascimento, e 1605, II, que determina que a filiação possa ser provada por presunção.

Assim, do estado de filiação socioafetiva decorrem os efeitos jurídicos previstos nos artigos 39 e 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre eles a guarda e sustento dos filhos, bem como pagamento de alimentos. O estado de filho socioafetivo provoca efeitos morais e patrimoniais, sendo um deles o direito a prestação de alimentos, razão pela qual indevido o fundamento de inexistência de vínculo consanguíneo para isentar o pai afetivo do dever de prestação de alimentos àquele que fora criado como se filho fosse.

Não há como ignorar a realidade fática da filiação socioafetiva, bem como as repercussões que o estado de filiação deve provocar nas famílias.

No que se refere aos filhos menores de idade, apresenta-se como dever dos pais zelar pela criação e educação, bem como cabe aos filhos a obrigação de assistência aos pais durante a velhice, em atendimento ao princípio da colaboração,



presente no seio familiar e normatizado através do art. 229 da Constituição Federal, que dispõe que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Assim, o filho socioafetivo, caso se veja necessitado de alimentos, deve pleiteá-los junto aos parentes afetivos, e não requerê-los junto aos parentes biológicos, pois essa filiação, assim como no caso da adoção, impõe ruptura com os laços consanguíneos em valorização ao vínculo afetivo, sendo aqueles considerados somente para fins de manutenção de impedimentos matrimoniais e preservação da saúde dos parentes biológicos.

Por fim, uma vez reconhecida a filiação afetiva, devida a repercussão sucessória, nos termos da Constituição Federal de 1988, que não admite tratamento diferenciado entre os filhos.

## **5. VÍNCULOS DE AFINIDADE NA ADOÇÃO INTUITU PERSONAE.**

A adoção é o ato pelo qual se cria um vínculo de filiação, até então inexistente. É o ato através do qual um indivíduo é colocado em uma família substitua, na condição de filho.

A adoção é medida excepcional, no caso em que a manutenção da criança ou adolescente na família natural se mostra inviável, fazendo-se necessária a sua inserção em família substituta, após entrega legal, extinção ou destituição do poder familiar.

Para adoção, além da maioridade civil e a plena capacidade para realizar atos na vida civil, a lei exige que os pretendentes estejam inseridos no Cadastro Nacional de Adoção, gozem de boa saúde física e mental, além de possuírem condições, inclusive financeiras, idoneidade moral, física e mental, além de não encontrarem impedimentos legais para sua efetivação (Art. 42, §1º, da Lei no 8.069/90), para criar a criança ou adolescente adotando para que possa lhe prestar toda a assistência material, moral e psicológica, atribuindo-lhes ainda, a condição de filho.

Segundo dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Art. 42. (...)

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.  
(...)

Art. 45. (...)

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.(...)

Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

Coexistem duas formas de adoção legal: adoção pelo cadastro nacional de adoção em que os pretendentes se habilitam através de um procedimento no Juizado da Infância e a adoção intuitu personae que pode ser pedida unilateralmente pelo marido/mulher, companheiro/companheira em relação ao filho de um relacionamento anterior; pedida por quem detém guarda judicial por mais de três anos; pedida por parente com a qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afetividade.

Apesar de parecer burocrático ou moroso, é um procedimento necessário para a segurança jurídica da adoção e minimizar o risco de devolução ou arrependimento. Para que a adoção se concretize, existem requisitos previstos em lei: decisão judicial, consentimento dos pais biológicos ou a destituição ou perda do poder familiar, consentimento do adotando (se maior de 12 anos), estágio de convivência, entre outros.

A adoção, via de regra decorre do cadastro nacional de adoção, hoje sistema nacional de adoção -SNA, segundo a qual, os adotantes recebem uma criança ou adolescente, de acordo como perfil selecionado e sua posição no sistema.

Existem ainda situações informais de filiação por laços de amor e afeto, isto é, socioafetivos, em que a criança é criada por terceiros com quem, pelo decurso do tempo, pode firmar laços de afinidade e afetividade como se filho fosse. Esse fato não configura adoção à brasileira, mas, filiação socioafetiva, que pode ser reconhecida pela adoção denominada direta ou intuitu personae.

Apesar de não existir previsão na lei, a adoção direta tem sido admitida pela doutrina e jurisprudência nos casos em que ha relação de confiança, afeto e afinidade já preexistente entre a genitora e os adotantes que legitimam a entrega da criança a alguém de confiança para que dela cuide como se filho seu fosse.

A adoção intuitu personae “é aquela em que os pais biológicos escolhem livremente a pessoa que ira adotar o seu filho, também denominada adoção pronta”. (Tadeu Valverde. Ed. Roca. Guia de Adoção. P. 637-645). Assim, se a criança ou adolescente forem criados por terceiros com quem firmou laços de afinidade e afetividade, a situação fática configura filiação socioafetiva possibilitando a adoção intuitu personae e a colocação formal em família substituta.

Ressalte-se que, desde a Constituição de 1988 muito tem se falado sobre a função social nas relações familiares, não sendo suficiente que as pessoas forneçam seu material genético para a reprodução, sendo imprescindível a prática de atos que caracterizem a paternidade e a maternidade.

Nessa linha de raciocínio, o art. 50, §13, II, da lei 8069/90 autoriza a inobservância da ordem cronológica de cadastro e dispensa o prévio cadastro dos autores para efeito da adoção, visando o superior interesse do adotando, in verbis:

Art. 197-E, I. 8.069/90 - (...)

§1o – A ORDEM CRONOLÓGICA DAS HABILITAÇÕES SOMENTE PODERÁ DEIXAR DE SER OBSERVADA pela autoridade judiciária nas hipóteses previstas no §13 do Art. 50 desta Lei, quando comprovado ser essa a melhor solução no interesse do adotando. (...) (grifo e destaque nosso).

Assim, uma vez configurados os vínculos de afeto e afinidade e preenchidos, satisfatoriamente, as exigências legais, de idoneidade moral, física e mental, bem como a função social da paternidade, com o seu efetivo exercício para o bem-estar da criança ou adolescente, nada obsta a adoção intuitu personae lícita, fora do Sistema Nacional de Adoção -SNA.

## **CONCLUSÃO**

A filiação socioafetiva é uma realidade fática, um status social e se caracteriza pelo autorreconhecimento do vínculo de parentesco entre pais e filhos, pela família extensa, parentes, amigos, comunidade e pela sociedade em que vivem.

Os novos arranjos familiares, com base no afeto, importaram a quebra de paradigmas históricos sobre a paternidade e o sistema de presunção da maternidade certa.

A partir do reconhecimento formal desse tipo de filiação formada sem vínculo biológico, com base em laços sentimentais de amor e afeto existente na prática, surge a necessidade urgente de tutela jurídica sobre os direitos e deveres aplicáveis a essa relação interpessoal.

A Constituição Federal, marco teórico da filiação socioafetiva, igualou os filhos biológicos e não biológicos, estabelecendo os mesmos direitos e obrigações para com os pais, apresentando-se a paternidade como uma “via de mão dupla”, caracterizando-se como um conjunto de direitos e obrigações através do poder familiar, do qual decorre o dever de sustento dos pais em relação aos filhos que ainda não atingiram a maioridade civil, independentemente da relação conjugal existentes entre os pais, vez que tal poder deriva da paternidade, seja ela biológica ou afetiva.

O reconhecimento do vínculo de filiação socioafetiva gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito e se legitima no interesse do filho. Se menor, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que não admite um parentesco restrito ou de “segunda classe”.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALMEIDA, Dayse Coelho de. A desbiologização. Disponível em: <http://www.uj.com.br>. Acesso em 14 jul.2010.

ANDERLE, Elisabeth Nass. A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso em 19 de janeiro de 2007.

BARBOSA, Águida Arruda. Por que Estatuto das Famílias? Direito das Famílias/Maria Berenice Dias organizadora, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BERNARDES, Marcelo Di Rezende. Pai biológico ou afetivo? Eis a questão. Disponível em : <http://www.ibdfam.com.br>. Acesso em 14 jul. 2010.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de Paternidade: posse do estado de filho. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

BULOS, Uadi Lammego. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6ª.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. A ética do afeto. Jus Navigandi, Teresina, Ano 9, n. 668, 4 maio 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. Acesso em 14 jul.2010.

\_\_\_\_\_. Manual das Sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Paula de Castro. Repensando a paternidade: o papel da afetividade na busca da verdade em matéria de filiação. Disponível em [www.ces.uc.pt](http://www.ces.uc.pt). Acesso em 14 jul 2010.

FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade; relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. Comentários ao novo Código Civil: do Direito de Família, do Direito Pessoal, das relações de parentesco. Vol. XVIII. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GALUPPO, Marcelo. Os trinta anos de 'Desbiologização da Paternidade". Disponível em: <http://www.marcelogaluppo.com>. Acesso em 14 jul de 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Vol. VI. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. Disponível em: <http://www.jus.com.br>. Acesso em: 14 jul 2010.

\_\_\_\_\_. Afeto, ética, família e o novo código civil brasileiro: anais/4. Congresso Brasileiro de Direito de Família; Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MADALENO, Rolf. Novas perspectivas no direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULILLO, Sérgio Luiz. A desbiologização das relações familiares. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso em: 14 jul. 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família, uma abordagem Psicanalítica, Ed. Del Rey, 1997, página. 131-136.

PEREIRA, Tânia da Silva; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. A Socioafetividade e o cuidado: o direito de crescer o sobrenome do padrasto. Direito das Famílias/Maria Berenice Dias organizadora, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SILVA, Luana Babuska Chrapak da. A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. Acesso em: 22 jul. 2010.

VALVERDE, Tadeu. Guia de Adoção. São Paulo: Ed. Roca. P. 637-645

VILLELA, João Baptista. Repensando o direito de família. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br>. Acesso em: 14 jul. 2010.

VILLELA, João Batista. Desbiologização da Paternidade. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br>. Acesso em: 14 jul. 2010.



## DA (IN)COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL EM EXERCER O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL

**JOANA FERRAZ DO AMARAL:** Pós-Graduada em Direito Constitucional e Direito Público. Assessora de Desembargador da Câmara Especial (Direito Público) do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

**RESUMO:** O presente artigo trata acerca da possibilidade dos Tribunais de Contas estaduais exercerem controle abstrato de constitucionalidade de leis hígidas, válidas e com presunção de legalidade. Analisa-se a permissão concedida pela Súmula 347, a qual, de acordo com os entendimentos jurisprudências recentes, encontra-se superada, porém, como não há revogação expressa, continua sendo utilizada pelos órgãos de controle para negar executoriedade às leis que julgam ser inconstitucionais. Por consequência, será abordada a violação à Súmula Vinculante nº 10, por via transversa. A finalidade do presente trabalho é estabelecer reflexões sobre a questão, sem, contudo, esgotar o tema.

**Palavras-chave:** Constitucional; Tribunais de Contas; Controle de constitucionalidade.

**ABSTRACT:** The present article deals with the possibility of state Courts of Auditors to exercise abstract control of constitutionality of sound, valid and presumed legality laws. The permission granted by Precedent 347 is analyzed, which, according to the recent jurisprudence understandings, is surpassed, however, as there is no express revocation, it is still used by the control agencies to deny enforceability to the laws that they consider to be unconstitutional. . As a consequence, violation of Binding Precedent No. 10 will be dealt with.

**Keywords:** Constitutional; Court of Auditors; Constitutionality control.

### 1. INTRODUÇÃO

Diante da promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, há evidências de que a Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal que, permite o controle de constitucionalidade exercido incidentalmente pelos Tribunais de Contas, encontra-se superada.

No entanto, tendo em vista a ausência de revogação expressa, dúvidas levantam-se quanto sua aplicabilidade e validade diante da realidade atual sobre as permissões constitucionais para se efetivar a declaração de inconstitucionalidade,

tanto a incidental, quanto a concentrada, a qual foi conferida exclusivamente ao Poder Judiciário.

O contexto histórico demonstra que referida Súmula foi criada na vigência da Constituição Federal de 1946, quando era permitida admitia-se “a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional” (<https://jus.com.br/artigos/68406/controlado-constitucionalidade-exercido-incidentalmente-pelos-tribunais-de-contas>)

Em contrapartida, a Súmula Vinculante nº 10 é clara em estabelecer que, “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou em diversos precedentes no sentido de que, o afastamento de aplicação de dispositivo legal por fundamento constitucional viola a Súmula Vinculante 10.

Desse modo, por se tratar de assunto controverso, pretende-se através de compilados jurisprudenciais, pretende-se defender o posicionamento acerca do não cabimento por parte dos Tribunais de Contas de exercer controle de constitucionalidades, quer pela superação da Súmula 347/STF, quer pela aplicabilidade da Súmula Vinculante nº 10.

## **2. A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NA APRECIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS AUTORIZADO PELA SÚMULA Nº 347/STF E O ENTENDIMENTO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Sobre o tema acima delimitado, constata-se pela análise da Constituição Federal que não há nenhum dispositivo que autorize expressamente, os Tribunais de Contas, que têm natureza fiscalizadora, de controle externo, sobre o patrimônio público, a afastar leis ou atos normativos que considerem inconstitucionais.

Embora não haja tal previsão na Carta Magna, fato é que essa possibilidade remanesce do verbete sumular nº 347 do Supremo Tribunal Federal, que possibilita ao “Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

Todavia, à luz da mais recente compreensão do papel do Poder Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade, tal entendimento encontra-se superado

Diante da Constituição Federal de 1988, iniciaram-se os embates sobre a subsistência da referida súmula. Ministros do STF como, Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski sustentam que a súmula resta superada e fundamentam suas teses no fato de que esta foi aprovada “num contexto constitucional totalmente diferente do atual”. Assim, com o advento da Constituição de 1988 e a possibilidade do controle de constitucionalidade abstrato, não haveria mais a necessidade da súmula, visto que qualquer questão considerada inconstitucional poderia ser apreciada pelo STF.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 25.888, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, entendeu que o Tribunal de Contas não possui competência no art. 71 da Constituição Federal para declarar artigo de lei inconstitucional. Aduziu que a súmula 347 do STF foi inserida no ordenamento jurídico em contexto constitucional divergente do atual. Dessa forma, asseverou nos seguintes termos:

Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Não me impressiona o teor da Súmula n. 347 desta Corte, segundo o qual "o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público". A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao

ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.

No mesmo entendimento, o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do Mandado de Segurança nº 26.410, também afastou a possibilidade de o Tribunal de Contas exercer a apreciação da constitucionalidade de normas, vejamos:

Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual “o Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.” (STF, MS 26410 MC/DF, relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 15/02/2007).

De igual modo, o Mandado de Segurança de n. 27744/DF, em que figura como Relator o Ministro Eros Grau, discute a possibilidade do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP - exercer controle de constitucionalidade em decisões administrativas tomadas pelo órgão.

Em sua fundamentação, o Ministro sustentou a tese de que a declaração de inconstitucionalidade seria uma atuação exclusiva do Poder Judiciário, como se vislumbra a seguir:

A declaração de inaplicabilidade do preceito aos casos concretos e às hipóteses futuras é expressiva do exercício de controle concentrado de constitucionalidade pelo Conselho Nacional do Ministério Público, órgão administrativo que não detém competência para tanto. O próprio relator do PCA o reconhece ao negar seguimento ao pedido por considerar que embute pretensão de exercício de controle concentrado de constitucionalidade. A jurisprudência desta Corte recusa o exercício de controle de constitucionalidade por órgãos administrativos.

Nesse aspecto, o STF tem se posicionado de forma crescente e contínua no sentido de que não cabe a outros órgãos que não exercem função jurisdicional apreciarem ou não a constitucionalidade de lei para sua aplicação. E, como sabido, o Tribunal de Contas possui natureza jurídica de órgão administrativo, técnico, de controle e auxiliar do Poder Legislativo. Ou seja, não é investido de caráter jurisdicional.

Contudo, o Tribunal de Contas, ao negar exequibilidade de lei ou ato normativo, está exercendo controle de constitucionalidade. Ou seja, está atuando de forma contrária aos constantes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal. Inclusive, contrária à Constituição Federal, que não outorga, em seu artigo 71, competência a este Tribunal para apreciar a constitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público.

A Corte de Contas ao utiliza-se do “suposto controle de legalidade” para exercer controle de constitucionalidade, na verdade, pauta-se em verdadeiro juízo de compatibilidade de atos administrativos em face da Constituição.

O juízo de “negativa de exequibilidade” transveste-se em violação a Súmula Vinculante nº 10 e em juízo de controle de constitucionalidade de Lei Estadual. Isso por que determina que o Jurisdicionado atue contrariamente ao que determina Lei Estadual vigente e válida.

Em decisão liminar exarada pelo Ministro Alexandre de Moraes no Mandado de Segurança nº 35.410/DF, reabriu-se a discussão acerca da subsistência do verbete:

[...]

Na presente hipótese, são relevantes os fundamentos do mandado de segurança quanto à plausibilidade do direito. Dentro da perspectiva constitucional inaugurada em 1988, o

Tribunal de Contas da União é órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, cuja competência é delimitada pelo artigo 71 do texto constitucional, a seguir transcrito:

[...]

É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988. Eis o teor do referido enunciado: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Com efeito, os fundamentos que afastam do Tribunal de Contas da União – TCU a prerrogativa do exercício do controle incidental de constitucionalidade são semelhantes, mutatis mutandis, ao mesmo impedimento, segundo afirmei, em relação ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ (DIREITO CONSTITUCIONAL. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 563 e seguintes):

O exercício dessa competência jurisdicional pelo CNJ acarretaria triplo desrespeito ao texto maior, atentando tanto contra o Poder Legislativo, quanto contra as próprias competências jurisdicionais do Judiciário e as competências privativas de nossa Corte Suprema.

O desrespeito do CNJ em relação ao Poder Judiciário se consubstanciaria no alargamento de suas competências administrativas originárias, pois estaria usurpando função constitucional atribuída aos juízes e tribunais (função jurisdicional) e ignorando expressa competência do próprio Supremo Tribunal Federal (“guardião da Constituição”). A declaração incidental de inconstitucionalidade ou, conforme denominação do Chief Justice Marshall (1 Chanc 137 – 1803 – Marbury v. Madison), a ampla revisão judicial, somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para



o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo.

Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo (cf. Henry Abraham, Thomas Cooley, Lawrence Baum, Bernard Shawartz, Carl Brent Swisher, Kermit L. Hall, Jethro Lieberman, Herman Pritchett, Robert Goldwin, entre outros). (...)

Não bastasse a configuração do desrespeito à função jurisdicional e a competência exclusiva do STF, essa hipótese fere as funções do Legislativo, pois a possibilidade do CNJ declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público incidentalmente em seus procedimentos administrativos atentaria frontalmente contra os mecanismos recíprocos de freios e contrapesos (check and balances) estabelecidos no texto constitucional como pilares à Separação de Poderes, e que se consubstancia em cláusula pétrea em nosso sistema normativo, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, III, da Constituição Federal, pois ausente a necessária legitimidade constitucional a que esse, ou qualquer outro órgão administrativo, possa afastar leis devidamente emanadas pelo Poder Legislativo. (...)

Trata-se da efetivação da ideia de Hans Kelsen, exposta por este em artigo publicado em 1930 (Quem deve ser o guardião da Constituição?), onde defendeu a existência de uma Justiça constitucional como meio adequado de garantia da essência da Democracia, efetivando a proteção de todos os grupos sociais – proteção contra majoritária – e contribuindo com a paz social, pois a Assembleia Nacional Constituinte consagrou nosso Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional, como guardião final do texto constitucional, e o Supremo Tribunal Federal como seu maior intérprete, protegendo essa escolha com o manto da cláusula pétrea da separação de Poderes (Constituição Federal, artigo 60, parágrafo 4o, III).

Haveria nessa hipótese inaceitável subversão constitucional, pois o texto constitucional não prevê essa competência jurisdicional ao Conselho Nacional de Justiça, que, igualmente, não se submete às regras de freios e contrapesos previstas pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal para interpretar seu texto (legitimidade taxativa, pertinência temática, cláusula de reserva de plenário, quórum qualificado para modulação dos efeitos, quórum qualificado para edição de súmulas vinculantes, entre outros), e que acabam por ponderar, balancear e limitar esse poder.

A Constituição Federal não permite, sob pena de desrespeito aos artigos 52, inciso X, 102, I, "a" e 103-B, ao Conselho Nacional de Justiça o exercício do controle difuso de constitucionalidade, mesmo que, repita-se, seja eufemisticamente denominado de competência administrativa de deixar de aplicar a lei vigente e eficaz no caso concreto com reflexos para os órgãos da Magistratura submetidos ao procedimento administrativo, sob o argumento de zelar pela observância dos princípios da administração pública e pela legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, pois representaria usurpação de função jurisdicional, invasão à competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e desrespeito ao Poder Legislativo. (DIREITO CONSTITUCIONAL. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 563 e seguintes). (STF, MS 35410/DF, Relator Ministro Alexandre de Moraes, j. em 15/12/2017).

Em sua decisão, ainda citou diversos precedentes daquela Corte, a saber: MS 25.888 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 22/3/2006; MS 29.123 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 2/9/2010; MS 28.745 MC, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julgado em 6/5/2010; MS 27.796 MC, Rel. Min. CARLOS BRITTO, julgado em 27/1/2009; MS 27.337, Rel. Min. EROS GRAU, julgado em 21/5/2008; MS 26.783 MC-ED, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 5/12/2011; MS 27.743 MC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 1º/12/2008.

Ainda, mais recentemente (08/01/2020) o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Dias Toffoli, no Mandado de Segurança nº 36879 acatou pedido de urgência do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (TJ-RO) para suspender acórdão que havia determinado ao tribunal estadual a restituição de R\$

11.760.716,82 ao Fundo de Informatização, Edificação e Aperfeiçoamento dos Serviços Judiciários.

A solicitação, feita no referido MS, deve-se ao fato de o Tribunal de Contas do Estado (TCE-RO) ter declarado ilegal o ato de transferência de recursos do Fundo para pagamento de despesas de servidores e membros do Poder Judiciário do estado. O presidente do TJ informou que sua gestão para o biênio 2018/2019 executou o orçamento de 2018 com R\$ 12.550.341,69 de déficit, o que o motivou a solicitar, em 26/9/2018, suplementação de recursos ao governador do estado. O pedido, no entanto, foi negado.

O Tribunal de Justiça, então, encaminhou projeto de lei à Assembleia Legislativa para autorizar a transferência de recursos do fundo para a fonte de recursos ordinários, viabilizando o pagamento de despesas. A lei foi publicada com em 12/12/2018.

Ao conceder a liminar, Dias Toffoli citou a existência de precedentes recentes que apontam para a impossibilidade de o Tribunal de Contas exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus feitos ou que questionam a própria subsistência da Súmula 347 do STF. Entre eles, citou a decisão proferida nos autos do MS 35410 pelo relator, ministro Alexandre de Moraes.

### **3. SÚMULA VINCULANTE Nº 10**

Tal Súmula, assim preconiza: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou em diversos precedentes no sentido de que, o afastamento de aplicação de dispositivo legal por fundamento constitucional viola a Súmula Vinculante 10:

[...] tem-se que o caso dos autos fornece suporte fático para a incidência da Súmula Vinculante 10 do STF. Isso porque o ato reclamado, ao entender que os honorários de sucumbência, nas causas em que a Fazenda Pública for vencedora, não pertencem aos advogados que patrocinaram a causa, mas ao erário, por constituírem verba pública, declarou expressamente a inconstitucionalidade da norma especial de regência aplicável ao caso, qual seja, a Lei municipal 3.046, de 22 de julho de 2014 (arts. 1º e 5º), sem a observância do que determina o art. 97 da Constituição Federal. Assim, a

jurisprudência do STF é firme no sentido de que há violação à cláusula de reserva de plenário quando a decisão de órgão fracionário afasta a aplicação da norma legal em razão de sua inconstitucionalidade, conforme verificado no caso concreto. (Rcl 23.646, rel. min. Edson Fachin, dec. monocrática, j. 8-11-2016, DJE 239 de 10-11-2016).

[...] com base em fundamentos extraídos da Constituição Federal, o órgão fracionário da Corte reclamada afastou, em parte, a aplicação do art. 5º, II, da Lei 7.347/1985, com redação da Lei 11.448/2007, o qual legitima a propositura de ação civil pública pela Defensoria Pública: “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I — o Ministério Público; II — a Defensoria Pública”. Assim, ao afastar, com espeque na Constituição da República, a aplicação do dispositivo supracitado, sem a observância da cláusula de reserva de plenário, o acórdão reclamado contrariou, inegavelmente, o enunciado da Súmula Vinculante 10. Destaco que esta Suprema Corte, em 7-5-2015, julgou improcedente a ADI 3.943, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, em que questionada a inconstitucionalidade do art. 5º, II, da Lei 7.347/1985. Registro que, no referido julgamento, foi afastada a interpretação adotada na decisão reclamada, que condiciona a atuação da Defensoria Pública, diante de situação justificadora do ajuizamento de ação civil pública, à comprovação prévia da pobreza do público-alvo. (Rcl 17.744 AgR, voto da rel. min. Rosa Weber, 1ª T, j. 15-3-2016, DJE 72 de 18-4-2016).

1. A violação ao princípio da reserva de plenário se configura quando uma norma é declarada inconstitucional ou tem sua aplicação negada pelo Tribunal de origem sob fundamento extraído da Carta Magna, conforme disposto pela Súmula Vinculante nº 10 (“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”). 2. In casu, a negativa de aplicação do dispositivo do Código Civil se deu por fundamento constitucional, isto é, por sua suposta incompatibilidade com o art. 217, I, da CRFB/88, representando verdadeira declaração velada de

inconstitucionalidade por órgão fracionário e revelando ofensa à Súmula Vinculante nº 10. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (Rcl 11.760 AgR, voto do rel. min. Luiz Fux, 1ª T, j. 23-2-2016, DJE de 14-3-2016).

Nesse último precedente, o Ministro relator ainda acrescentou:

[...]

Por fim, não se desconhecem os precedentes juntados pelo agravante no sentido de que “o princípio da reserva de plenário resta indene nas hipóteses em que não há declaração de inconstitucionalidade por órgão fracionário do Tribunal de origem, mas apenas a interpretação e a conclusão de que a lei invocada não é aplicável ao caso em apreço” (ARE 676006-AgR, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 6/6/2012. Entretanto, trata-se de hipótese diversa à que configurada no presente caso, visto que não se trata de mera interpretação de não aplicabilidade de lei ou dispositivo a determinada situação concreta.

Com este arremate, sabe-se que em muitas situações, os TCEs estaduais não pretendem apenas fazer interpretação de lei, mas de modo explícito declaram sua incompatibilidade com dispositivos constitucionais, negando, desse modo, executoriedade à Lei que não atendeu tal parâmetro.

Manifesto, portanto, a ocorrência de hipótese de ofensa à Súmula Vinculante nº 10 em tais julgamentos, ainda que de modo velado, conforme mencionado no precedente acima do Ministro Luiz Fux.

Ademais, vale ressaltar que obstante os Tribunais de Contas entendam que, não há se falar em incompetência da Corte de Contas para negar a executoriedade de lei, no controle de validade de atos administrativos, submetidos à sua apreciação, a questão é controversa, pois como visto acima o STF tem se manifestado veementemente acerca da superação da Súmula 347.

#### **4. CONCLUSÕES**

Por tudo o que foi exposto, conclui-se que:

O entendimento atual tem se posicionado no sentido de que não cabe aos Tribunais de Contas, exercerem controle de constitucionalidades, quer pela superação da Súmula 347/STF, quer pela aplicabilidade da Súmula Vinculante nº 10;

Ao fundamento de fazer interpretação de lei, explicitamente as Cortes de Contas declaram sua incompatibilidade dispositivos constitucionais e negam exequibilidade às leis que não atendem parâmetro constitucional, em verdadeira ofensa à Súmula Vinculante nº 10, ainda que de modo obducto.

## **REFERÊNCIAS**

MARTINS DE MORAIS, Michel. Controle de Constitucionalidade exercido incidentalmente pelos tribunais de contas. Da subsistência da Súmula 347 do STF após a promulgação da Constituição de 1988. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/68406/control-de-constitucionalidade-exercido-incidentalmente-pelos-tribunais-de-contas>. 2018.



## COMÉRCIO ELETRÔNICO E SEGURANÇA JURÍDICA

### **CARLOS ROBERTO BARROSO BESSA:**

Formação: 1) Ciências Contábeis - Universidade Federal do Ceará - 03/03/1986; 2) Direito - Universidade de Fortaleza / UNIFOR - 31/12/1988; 3) Administração - Universidade de Fortaleza / UNIFOR - suspenso 4) Pós Graduação Em Organização E Metodos - Universidade De Fortaleza / UNIFOR - 24/09/1998; 5) Pós Graduação Em Administração E Negócios - Universidade CHRISTUS - 30/03/2001; 6) Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais - Universidad Del Museo Social Argentino - 08/06/2016

**RESUMO:** O estudo buscou analisar o posicionamento dos consumidores sobre o contexto do e-commerce relacionado aos trâmites comerciais e segurança jurídica. Foi realizada pesquisa quantitativa, junto a 159 usuários da infovia com aplicação de questionário. Verificou-se a ampliação do *e-commerce* tem revelado mais do a necessidade de atualização legislativa, mas que o consumidor e o comerciante tendem a mudanças comportamentais quanto a confiança e efetivação dos negócios, amparados pelo desenvolvimento tecnológico de segurança e informação.

**Palavras chave:** Comércio Eletrônico. Segurança Jurídica. Consumidor.

### **INTRODUÇÃO**

A Revolução Industrial e a expansão da energia e posteriormente a criação das tecnologias computacionais permitiu aumentar a capacidade de armazenamento, de análise e de processamento das informações e comunicação via internet, bem como possibilitou a transmissão de som e imagem (DRUCKER, 2011; CASTELLS, 2005). Esse conjunto de fatores influenciou diretamente o sistema de comércio de produtos e serviços.

A *internet* transformou de forma substancial a vida e a convivência entre as pessoas. No campo dos negócios alterou a estrutura dos contratos, dos processos de compra e venda, na forma de apresentação dos produtos e serviços, e do mesmo modo, requereu mudanças no âmbito jurídico. Uma das mudanças está na formulação dos contratos, na validade da assinatura eletrônica e nos novos modelos de mediação de conflitos e proteção ao consumidor. Esse é o cenário atual do movimento de compra e venda de produtos e serviços: os meios virtuais de

negociação (ALBERTIN, 2010; AMOR, 2000; KAUFFMAN; WALDEN (2001); VENTURA, 2010).

O estudo trata sobre esse novo modo de comercialização que se utiliza das tecnologias da informação e comunicação como via de acesso, e tem como objetivo analisar as evidências atuais dos trâmites comerciais *on line* e o posicionamento da lei diante dos processos de mediação de conflitos requeridos pelas partes. Para coleta de dados foi aplicado questionário junto a usuários da infovia.

## **MATERIAIS E MÉTODOS DE PESQUISA**

O estudo tem como tipologia uma elaboração Jurídico-Exploratória (WITKER (1991) que parte de um problema jurídico e abre caminho para novas investigações.

A pesquisa utilizou como instrumento de coleta de dados o questionário, organizada com questões de múltipla escolha construída com base na modalidade validada pela escala de Likert (MARCONI; LAKATOS, 2008), na qual apresenta como técnica a indicação de graus de concordância ou discordância em relação a determinado fator apresentado aos sujeitos.

O universo da pesquisa representa a população de usuários e não usuários (grupo controle) do *e-commerce* residentes na cidade de Fortaleza Ceará, na categoria não-probabilística. A seleção dos participantes para compor a amostra se efetivou por meio da aceitação voluntária de colaboração em responder ao questionário. Foram contatados 300 possíveis participantes escolhidos mediante conhecimento pessoal e por meio de indicação de amigos. Destes, 159 (53%) devolveram o questionário devidamente respondido, na qual se constituiu da amostra para a pesquisa. O questionário foi enviado por correio eletrônico, e recolhidos da mesma forma após seu preenchimento.

Os resultados e análise dos dados foram efetuados por meio de técnicas de estatísticas descritivas baseada nos dados calculados pela regra de três simples, com margem de erro  $\geq 5$  e  $\leq 5$  (FAVERO, 2009).

## **RESULTADOS E DISCUSSÃO**

A faixa etária predominante do *e-commerce*, está entre 35 e 50 anos (40%). Dados aproximados foram divulgados pelo SEBRAE (2013) no qual revelam que 38% dos consumidores que utilizam os meios eletrônicos possuem entre 35 a 49 anos. O nível de escolaridade desse público (38%) possui nível superior completo.

A experiência com o *e-commerce* envolve acessos da infovia para aquisição de produtos e serviços e a efetivação dos negócios. No grupo de aquisições 41%

refere-se a produtos eletrônicos, 36% de material impresso e 35% de vestuário e acessórios. O *ranking* fica com aquisição de viagens e lazer (36%).

A maior insatisfação do consumidor está no quesito atraso na entrega (65%) e de menor preocupação seria a duplicidade do pagamento (8%), considerando assim, que o *e-commerce* seria uma via confiável no sentido da cobrança devida. Vale considerar que o atraso na entrega envolve todo um conjunto de outros serviços da estrutura logística que pode fugir do controle do fornecedor (ZILBER, 2002).

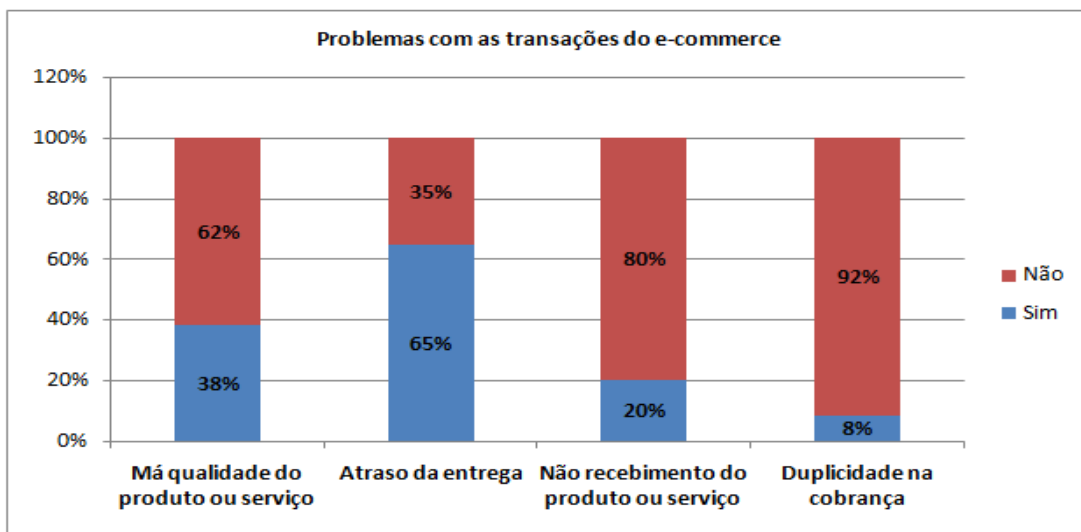


Gráfico 1: Problema com as transações do *e-commerce*

Fonte: Dados coletados pela aplicação de questionário próprio.

No entanto, diversos fatores podem ocasionar conflitos e insatisfações, principalmente devido a peculiaridade das negociações da *infovia*. A pesquisa identifica que 66% dos casos foram resolvidos amigavelmente, 29% tiveram prejuízos pessoais e 11% recorreram a justiça. As resoluções amigáveis demonstram que o comércio eletrônico cada vez mais tem criado suporte para que essa via de negócios cresça, e um dos quesitos mais fortes para esse crescimento está na confiança do consumidor, principalmente quando se depara com problemas e são resolvidos de forma satisfatória, célere e sem a necessidade de demanda judicial que requer tempo e muitas vezes até mesmo dispêndio de contratação de advogado ou recorrer a justiça pública por meio do direito do consumidor (MARQUES, 2004; SCOTTI, 2010; KIM; BARUA e WHINSTON, 2002).

Apesar de problemas que surgem nos trâmites dos negócios via *internet*, as vantagens parecem compor um reforço motivado. Dentre as vantagens os entrevistados (78%) apontam a comodidade, 70% assinalam a facilidade de acesso,

65% afirmam que o poder de escolha é uma grande vantagem do *e-commerce*, seguidos de 60% que acreditam que o poder de comparação é vantajoso.

Percentuais menores de vantagem do comércio eletrônico está com relação a rapidez de compra onde 57% considera vantajoso e 36% aponta que a facilidade e praticidade de pagamento seria um ponto positivos da infovia.

Embora considerada rápida os trâmites dos negócios pela infovia tem como empecilho que consumidor tenha cartão de crédito inibindo o consumo de boa parcela da população, seja por não possui os meios ou o limite de crédito não atingir o valor da compra (KIM; BARUA e WHINSTON, 2002).

Se a rapidez de compra foi considerada excelente, o mesmo não seria aplicado a rapidez de recebimento, onde 33% considera razoável. Outra vantagem apontada pelos entrevistados refere-se ao acesso de busca da reputação do comerciante. Destes 26% consideram que a infovia oferece um excelente suporte.

Com relação a segurança nas transações, 41% dos entrevistados consideram a segurança das transações comerciais razoáveis, 27% apontam como boa, 25% como ruim e apenas 7% consideram como excelente. Esses dados obtidos revelam que o consumidor tem consciência dos perigos que os trâmites virtuais podem proporcionar (MARQUES, 2011).

Mesmo considerando os “perigos” e as inseguranças do sistema virtual, o rompimento das fronteiras comerciais seria uma das maiores vantagens para o consumidor e diante do encantamento dos negócios virtuais a insegurança da transação é apontada como de alto poder de insegurança por 37% dos entrevistados e 47% que consideram de media potencialidade.

Diante das transações da infovia surge a consideração da insegurança jurídica. Esse fator foi considerado alto por 47% dos entrevistados.

Une-se aos anseios de insegurança jurídica as incertezas da entrega, haja vista que o consumidor efetiva o pagamento antecipado do produto. Quanto a esse fator foi considerado médio por 53% dos entrevistados e de alto nível de insegurança por 31%.

Segue no mesmo tipo de análise a insegurança do recebimento de produtos e serviços vem acompanhada do fato de que o consumidor não tem o contato material com os produtos que adquire (SCOTTI, 2010), por essa razão 55% dos consumidores consideram esse fator como de nível médio nível de insegurança.

Os três quesitos de desvantagens abordados, ou seja, a questão da entrega, a ausência de imediato de produtos e serviços e a ausência do fornecedor formam um quadro típico de comercialização fora do ambiente físico. No entanto, com relação a ausência dos produtos cabe destacar que o Comércio Eletrônico como forma de minimizar o contato físico de produtos e serviços tem disponibilidade e desenvolvido mecanismos de interatividade, imagem em movimento, som, e tudo mais que possa oferecer ao consumidor um contato mais real com o que pretende consumir e assim poder decidir de forma mais efetiva (ALBERTIN, 2010).

Mesmo que diante das incertezas o negócio se efetiva, porém surge outro grupo de insegurança: a troca. Os consumidores entrevistados (49%) apontam alta preocupação com a troca dos produtos.

Outra preocupação relevante dos consumidores que utilizam a *infovia* está na exposição *on line* de seus dados pessoais. Devido a fragilidade do sistema e a possibilidade da ação dos invasores (*hackers*) os entrevistados (63%) apontam um nível de desvantagem alto nos trâmites de negócios *on line*.

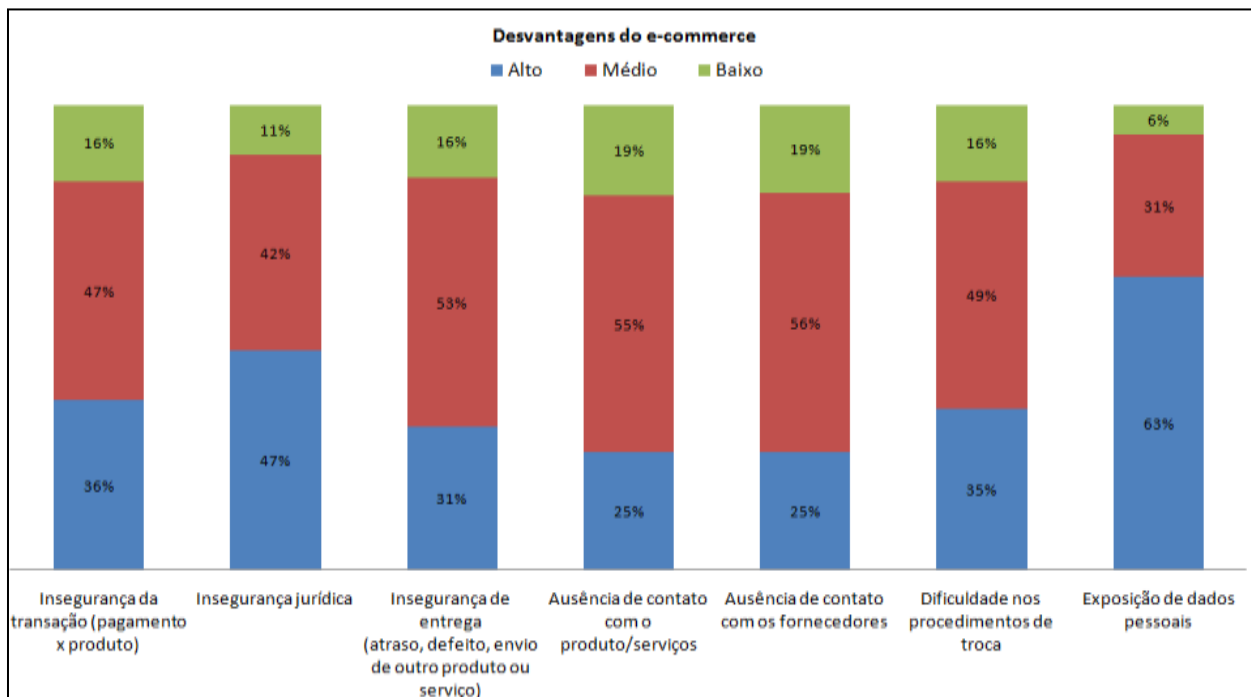


Gráfico 2: Gráfico resumido – Desvantagens do *e-commerce*

Fonte: Dados coletados pela aplicação de questionário próprio.

A questão das desvantagens do *e-commerce* apontado pelos entrevistados direcionam para exposição dos dados pessoais e principalmente dados referente ao aspecto financeiro seguido do quesito insegurança jurídica que coloca o

consumidor numa perspectiva mais frágil quando da necessidade de recorrer aos casos não resolvidos de forma amigável (VENTURA, 2010; ZILBER, 2002).

A questão da segurança e credibilidade envolve desde as vantagens do negócio quanto dos aparatos jurídicos de apoio e resolução de problemas. Nesse sentido, foi investigado o posicionamento dos consumidores quanto as maiores vantagens direcionado ao comerciante ou ao usuário do comércio eletrônico. 62% dos entrevistados acham que as vantagens para o comerciante é excelente. No entanto a proteção jurídica não seria tão vantajoso ao consumidor.

O tema remonta a discussão sobre fatores que podem inibir a expansão do *e-commerce*. Nesse sentido, a pesquisa selecionou seis quesitos possíveis: insegurança jurídica relacionada ao *e-commerce* falta de conhecimento sobre o *e-commerce*, a insegurança do sistema eletrônico, a pouca habilidade dos consumidores com relação ao manuseio das tecnologias, a questão da presença de uma cultura do comércio presencial em relação aos produtos e serviços e a existência de uma cultura da necessidade do relacionamento humano nas transações comerciais. A figura abaixo apresenta os resultados desses fatores considerados na coleta de dados.

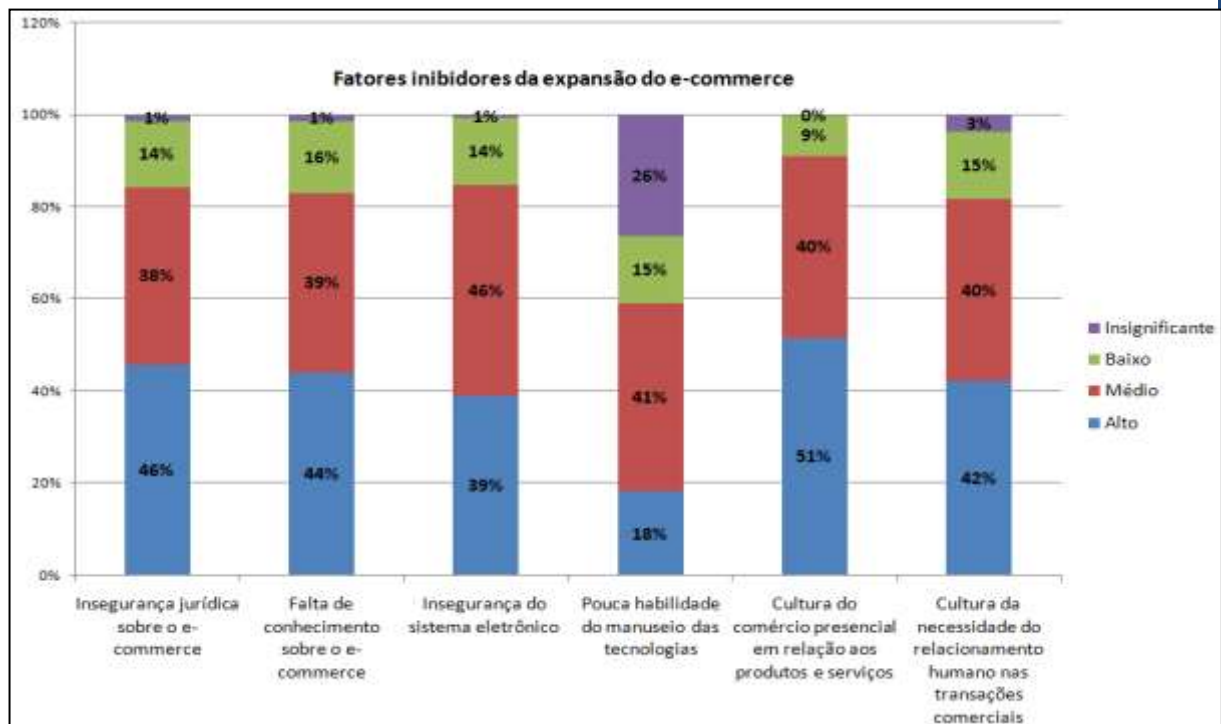


Gráfico 34: Fatores inibidores de expansão

Fonte: Dados coletados pela aplicação de questionário próprio.



Os dados da pesquisa demonstram que a insegurança jurídica é considerada um fator de alto potencial para inibir o crescimento do comércio eletrônico na qual revela a preocupação apontada por 46% dos entrevistados.

A análise realizada por Albertin (2010) destaca a insegurança jurídica e a necessidade de revisão legislativa quanto ao comércio eletrônico, com as peculiaridades do novo modo de comércio que abranje a regulamentação do próprio ambiente virtual, a validade dos contratos eletrônicos, a privacidade, a propriedade intelectual, a punição dos infratores da infovia.

Esse contexto foi investigado como fator inibidor para acesso comercial pela infovia. Os entrevistados (44%) consideram a falta do maior conhecimento dos consumidores sobre o sistema do comércio eletrônico seria agravante para o surgimento de problemas do *e-commerce*.

A falta de conhecimento sobre o sistema do *e-commerce* está relacionado uma política de inclusão digital aliada a experiência de navegação, com acesso amplo a sistemas de banda larga com preço acessível e com maior rapidez (KAUFFMAN; WALDEN, 2001). O assunto está presente na coleta de dados que apresentou um percentual de 39% dos colaboradores que acreditam que a insegurança no sistema eletrônico pode ser um fator inibidor.

No mesmo sentido, o nível de experiência dos trâmites da infovia foi considerado de alto potencial inibidor por 18% dos entrevistados, e 41% consideram de médio potencial inibidor. Diversos estudos relacionam a insegurança e problemas no sistema do e-commerce diretamente relacionado a cultura do negócio presencial (AMOR, 2000; MARQUES, 2004; BARUA e WHINSTON, 2002).

O desenvolvimento de uma cultura para o *e-commerce* coaduna com a expansão do acesso as tecnologias, ou seja, da inclusão digital e ampliação de acesso a rede de informação e comunicação.

A cultura do comércio presencial quanto a produtos e serviço tem proximidade com a questão da necessidade do relacionamento humano, do vendedor que atente o comprador, dialoga e negocia estando ambos fisicamente presentes. Essa necessidade de relacionamento foi apontada como parte inibidora de alta potência por 42% dos entrevistados.

No oposto dos fatores inibidores estão os quesitos que tem impulsionam o consumidor.

Observa-se no gráfico 3 que o fator "busca de informação por parte do consumidor" seria o fator preponderante para a expansão do e-commerce. Nessa

categoria 76% consideram de alto poder contribuinte para o desenvolvimento do e-commerce. Segue o percentual a categoria de maior punição dos infratores, onde 64%, consideram de alto indicativo para expansão dos trâmites comercial pela infovia. O terceiro aspecto considerado contribuinte e de alto efetivo para o e-commerce está na criação de uma cultura digital, com amplo acesso e conhecimento do mundo digital.

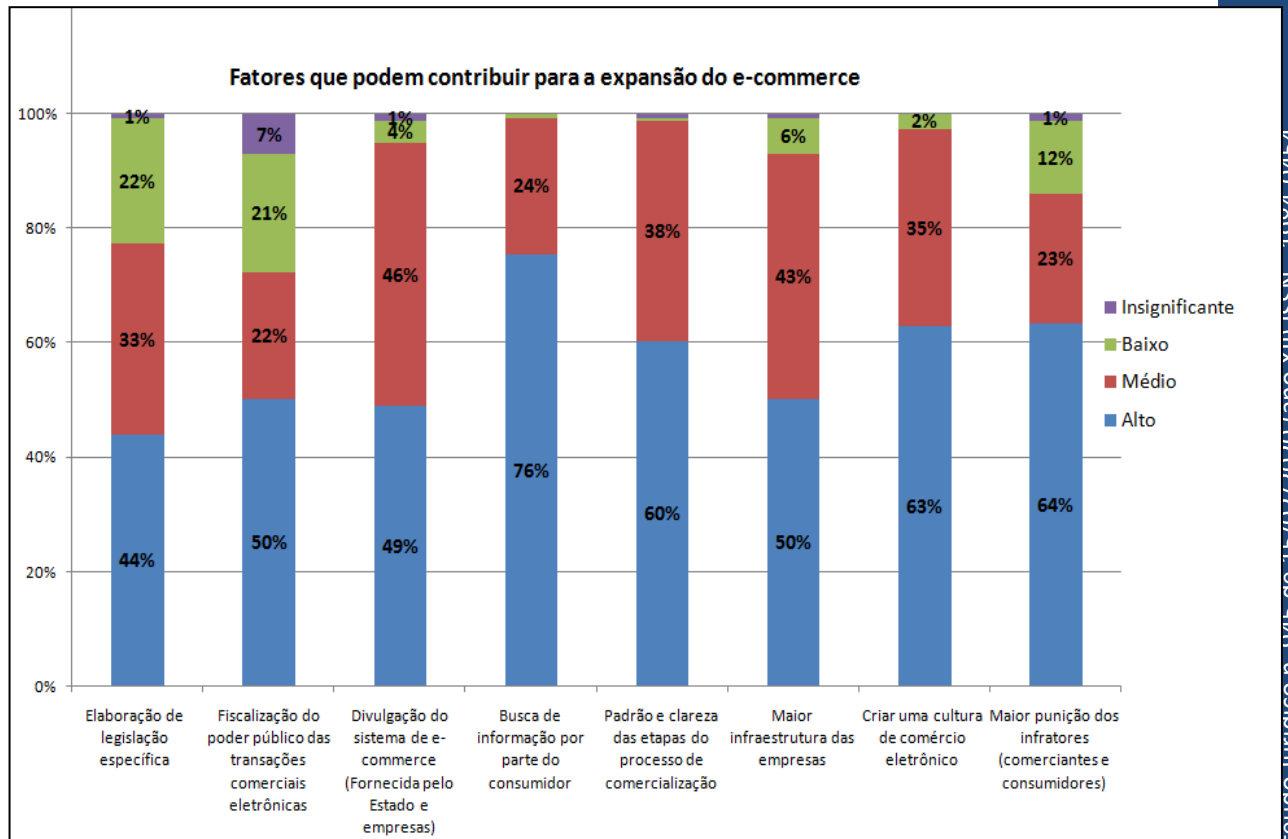


Gráfico 3: Fatores para a expansão do *e-commerce*

Fonte: Dados coletados pela aplicação de questionário próprio.

A questão da punição dos infratores que se utilizam da infovia tem ligação direta com a necessidade de legislação específica juntamente com a fiscalização que compõe um conjunto de ações direcionadas a práticas do Estado. O Decreto n. 2.181/97 dispõe sobre as práticas infracionais nas suas diversas especificações culminante em penalidades administrativas, e em casos que recorre aos aspectos civis cabe a aplicação do Direito Civil.

Cabe mencionar que o Estado prima pela resolução anterior as especificações punitivas e para tanto, instituiu a obrigatoriedade dos fornecedores criarem um Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC por meio do Decreto n. 6.523/2008.

Portanto, a existência de aparatos legais requer do consumidor a tomada de conhecimento das leis de proteção, bem como se precaver observando as requisições legais de coleta de provas que facilitam uma ação administrativa e se necessária judicial.

Sobre o conhecimento da legislação que se enquadram os processo do sistema de *e-commerce* a pesquisa revelou que 50% dos entrevistados conhecem a legislação parcialmente, 26% afirmam não conhecer a legislação referente ao comércio eletrônico, 13% já ouviram falar e 11% conhecem os dispositivos legais que tratam dos trâmites negociais pela infovia.

No campo da suficiência ou não dos aparatos jurídicos presentes, a pesquisa revelou que a legislação atual no Brasil é parcialmente suficiente (53%), seguido de 35% que apontam como insuficiente e 12% que seria satisfatória as necessidades do consumidor.

## **CONCLUSÃO**

Nesse sentido verifica-se que a insegurança jurídica faz parte de uma preocupação latente na sociedade, muito embora o trâmite virtual tenha avançado de forma substancial.

O estudo identifica que não haveria na atualidade preocupação quanto a suficiência ou não de leis direcionadas ao mercado eletrônico, pois os aparatos já existem. O interesse hodierno está na inclusão social, nas experiências virtuais e na segurança dos sistemas eletrônicos.

Cabe a sociedade expandir a inserção das tecnologias e proporcionar ao maior número de pessoas, experiências virtuais. A inclusão digital evidencia o acesso as tecnologias e a disseminação das experiências com a *internet*. O meio eficaz perpassa necessariamente pelo processo de publicização dos meios eletrônicos para seus mais diversos fins e benefícios para as atividades humanas, sendo, portanto, fatores para a expansão do uso da infovia, inseridos nesse contexto, o mercado eletrônico.

Cabe na contemporaneidade, atualização legislativa em relação ao desenvolvimento tecnológico no desenvolvimento e reconhecimentos dos documentos digitais, promovendo maior segurança, no caso do comércio eletrônico, tanto para fornecedores quanto para consumidores. Nesse contexto, a segurança parte da consideração de que a integridade dos documentos é bem público indisponível, porém, no caso dos documentos eletrônicos o caráter comprobatório, autêntico e validado ainda tem um caminho a percorrer, devido a

desconfiança do Direito e da sociedade para considerar como prova do negócio firmado pelos arquivos eletrônicos.

Assim, ambas as partes envolvidas nos negócios virtuais, buscam o mesmo propósito: a segurança. Esse caminho envolve os aspectos jurídicos, tecnológicos e comportamentais.

O aspecto jurídico-legal até o advento da informática se mantinha direcionado a tratar de algo tangível, especificado pelos fatos e ocorrências de cunho investigativo, com base em provas materiais e situacionais concretas ou supostamente evidentes. No âmbito virtual, a situação na maioria das vezes é intangível, impalpável, por ser um meio no qual não há “donos”, mas um sistema mundial no qual pertence a todos os que a usam.

Com o crescimento de uma nova modalidade de comércio, a legislação brasileira tem buscado se adaptar. Inicialmente a jurisprudência se ampara pelas leis gerais como o Código Penal, o Código Civil, o Código de Proteção ao Consumidor, entre outras conforme as peculiaridades dos casos. Devido a utilização desses aparatos legais e a percepção da necessidade de novas abrangências, os Códigos legais tem sofrido modificações. No entanto, as questões sobre a segurança jurídicas dos negócios eletrônicos permanece como um dos maiores entraves para a expansão do *e-commerce*, tanto no aspecto da privacidade quanto do risco.

Nesse contexto, o maior desafio está na comprovação da identidade das partes, e saber com quem negociar faz parte de um programa de educação para infovia seja por busca pessoal quanto de investimentos do estado, no sentido da inserção digital e da publicidade dos mecanismos tecnológicos.

Em suma a questão da segurança da *internet* implica mais em mudança na cultura para novos paradigmas de comércio do que na necessidade da adoção de regime jurídico especial.

## REFERÊNCIAS

ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio Eletrônico. Modelo, aspectos e contribuição de sua aplicação.** 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

AMOR, Daniel. **A (r)evolução do e-business.** São Paulo: Makron Books, 2000.

BRASIL. **Lei 8078, de 11 de setembro 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do

Brasil, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997.** Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2012.

Brasil. **Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008.** Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC.

BRASIL. **DECRETO Nº 7.962, DE 15 DE MARÇO DE 2013.** Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm)>. Acesso em out. 2013

BRASIL. **Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004.** Dispõe sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor.

BRASIL. **Cartilha de Segurança para Internet.** CGI – Comitê Gestor da *Internet* no Brasil. Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Índices de Segurança no Brasil. Outubro, 2006.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** Volume I; 8 São Paulo: Paz e Terra, 2005.

DRUCKER, Peter Ferdinand. *Tecnologia, Administração e Sociedade.* Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011.

FAVERO, L.P. et al. **Análise de dados:** Modelagem multivariada para tomada de decisões. 6. Ed. Rio de Janeiro:Elsevier, 2009.

KAUFFMAN, Robert J. ; WALDEN, Eric A. Economics and Electronic Commerce: Survey and Directions for Research. **International Journal of Electronic Commerce**, Vol. 5, No. 4, pp. 5–116, Summer 2001.

KIM, Beomsoo; BARUA, Anitesh, WHINSTON, Andrew B. Virtual field experiments for a digital economy: a new research methodology for exploring an information economy. **Decision Support Systems**, vol. 32, pp. 215– 231, 2002.

MARCONI, M. de A. e LAKATOS, E.M. 7. Ed. **Técnicas de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Antônio Terêncio G. L. **A prova documental na Internet**. Validade e eficácia do Documento eletrônico. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SCOTTI, Luciana B. LA protección del consumidor en los contratos internacionales de consumo celebrados por medios electrónicos. **Revista Jurídica Direito Público e Integração**, ano 1, n. 3, 2010.

SEBRAE. *e-bit, o WebShoppers*”, 27 edição, 2013. Disponível em: <[http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/WebShoppers\\_27a\\_edicao.pdf](http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/WebShoppers_27a_edicao.pdf)>. Acesso em 12 abr. 2014. Em seu *site*, a e-bit ([www.ebit.com.br](http://www.ebit.com.br)) disponibiliza informações relevantes para tomada de decisão de compras dos consumidores, além de oferecer produtos e serviços aos lojistas.

VENTURA, Luiz Henrique. **Comércio e contratos eletrônicos**. Aspectos Jurídicos. São Paulo: Edipro, 2010.

WITKER, Jorge. **Como elaborar uma Tesis em Derecho**. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del Derecho. Espanha, Madri: Civitas, 1991.

ZILBER, Silvia Novaes. **Fatores críticos para desenho e implantação de e-business por empresas tradicionais**. Tese (Doutorado em Administração) – FEA/USP, São Paulo, 2002.



## **MANDADO PARLAMENTAR. EVENTUAL VAGA. PARTIDO POLÍTICO OU COLIGAÇÃO?**

**DIEGO DA SILVA RAMOS:**

Advogado e Procurador Jurídico-Legislativo, especialista em Direito Público

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Vaga: Partido X Coligação; 3. Conclusão.

**Resumo:** Trata-se de uma singela contribuição ao estudo do Direito Constitucional, examinando, em breves linhas, a problemática que surge entre o partido político e a coligação ante o surgimento de uma vaga.

**Palavras-chave:** suplente – partido político – coligação – Supremo Tribunal Federal.

### **1. Introdução**

Toda a problemática do assunto consiste em saber se eventual vaga de parlamentar surgida deve ser preenchida com base na lista de suplentes pertencentes à coligação partidária ou apenas na ordem de suplentes do próprio partido político.

No intuito de obter um consenso sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal enfrentou questões correlatas como a natureza das coligações partidárias e a extensão dos seus efeitos após o pleito.

### **2. Vaga: Partido X Coligação**

Num primeiro julgamento, ocorrido em 09 de dezembro de 2.010, o Supremo Tribunal Federal, decidiu, em Mandado de Segurança que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes (MS 29988 MC/DF), que "*[...] ocorrida a vacância, o direito de preenchimento da vaga é do partido político detentor do mandato, e não da coligação partidária, já não mais existente como pessoa jurídica*".**[1]**

Neste contexto, nota-se que o Plenário desta Corte decidiu, por maioria, que as coligações partidárias constituem pessoas jurídicas de natureza efêmera, cuja formação e existência ocorrem apenas em virtude de determinada eleição, desfazendo-se logo que encerrado o pleito.

Assim, resumindo, as coligações partidárias, segundo o pretório excelso, têm caráter temporário, que não se confunde com as pessoas jurídicas dos partidos que a compõem. Qualquer vaga existente pertence ao partido político, não a coligação formada apenas para a disputa do pleito.

Entretanto, apesar desta decisão e dos argumentos nela lançados, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal reviu seu posicionamento e, analisando o MS 30260 MC/DF[2], firmou entendimento no sentido de que, em caso de renúncia ou afastamento, deverá ser empossado no cargo eletivo o candidato mais votado na lista da coligação partidária.

Nesta segunda e, a meu ver, mais acertada decisão, o Supremo Tribunal Federal salientou que as coligações partidárias tratam-se de escolha livre dos partidos políticos, que deve ser respeitada no caso de eventual vacância, sob pena de se fazer tabula rasa com a decisão que aprovou sua criação.

Na verdade, portanto, conforme sintetizou o Ministro Joaquim Barbosa em seu voto: “[...] em caso de coligação não há mais que se falar em partido, porque o quociente eleitoral passa a se referir a coligação”.

Noutras palavras, o partido coligado não pode agir isoladamente no processo eleitoral, de acordo com o estabelecido no § 4º do art. 6º da Lei nº 9.504/97. Também é por essas e por outras razões, enfim, que: “Tratando-se de eleições proporcionais, e como a distribuição de cadeiras entre os partidos políticos é realizada em razão da votação por eles obtida, não se desconhece que, fora das coligações, muitas agremiações partidárias, atuando isoladamente, sequer conseguiriam eleger seus próprios candidatos, eis que incapazes, elas mesmas, de atingir o quociente eleitoral” (STF, MS 30407/DF, rel. min. Celso de Mello). Logo, sob pena de ataques ao sistema eleitoral proporcional e à vontade do eleitorado, na hipótese de vagar uma cadeira parlamentar, *o ocupante da cadeira será, necessariamente, o primeiro suplente da coligação.* (Acórdão de 26/9/2013 no REsp 41.662, rel. min. Laurita Vaz);

### **3. Conclusão**

De um modo em geral, comparando as decisões e analisando suas vertentes, parece mais coerente a decisão que respeita a criação das coligações partidárias.

Isso porque, não há como considerar as coligações partidárias como meros arranjos momentâneos e circunstanciais, cujos efeitos se extinguem automaticamente após as eleições.

Sendo assim, em caso de renúncia ou afastamento, deverá ser empossado no cargo eletivo o candidato mais votado na lista da coligação partidária, sob pena de ofensa a decisão que aprovou sua criação.

### **Notas**

[1] LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. PREENCHIMENTO DE VAGA DECORRENTE DE RENÚNCIA A MANDATO PARLAMENTAR. PARTIDO POLÍTICO. COLIGAÇÃO PARTIDÁRIA. Questão constitucional consistente em saber se a vaga decorrente de renúncia a mandato parlamentar deve ser preenchida com base na lista de suplentes pertencentes à coligação partidária ou apenas na ordem de suplentes do próprio partido político ao qual pertencia o parlamentar renunciante. 1. **A jurisprudência, tanto do Tribunal Superior Eleitoral (Consulta 1.398), como do Supremo Tribunal Federal (Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604), é firme no sentido de que o mandato parlamentar conquistado no sistema eleitoral proporcional também pertence ao partido político.** 2. [...]. 3. Aplicados para a solução da controvérsia posta no presente mandado de segurança, esses entendimentos também levam à conclusão de que a vaga deixada em razão de renúncia ao mandato pertence ao partido político, mesmo que tal partido a tenha conquistado num regime eleitoral de coligação partidária. **Ocorrida a vacância, o direito de preenchimento da vaga é do partido político detentor do mandato, e não da coligação partidária, já não mais existente como pessoa jurídica.** 4. [...]. 5. [...]. 6. Liminar deferida, por maioria de votos. (MS 29988, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 09.12.2010) (grifei).

[2] MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. ORDEM DE PRECEDÊNCIA FIXADA EM RAZÃO DA COLIGAÇÃO PARTIDÁRIA OU DO PARTIDO POLÍTICO. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. PROVIDÊNCIAS PROCESSUAIS. Relatório 1. [...] 2. [...] .3. Na assentada de 9.12.2010, no julgamento da medida liminar requerida no Mandado de Segurança n. 29.988, Relator o Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal assentou que, no sistema eleitoral proporcional, os mandatos parlamentares conquistados pertencem aos partidos políticos, não às coligações formadas por eles para a disputa do pleito. Nesse sentido, consta do sítio deste Supremo Tribunal a seguinte notícia: "Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) concederam liminar em Mandado de Segurança (MS 29988) impetrado pela Comissão Executiva do Diretório Nacional do PMDB e determinaram que a vaga decorrente da renúncia do deputado Natan Donadon (PMDB-RO), ocorrida no último dia 27 de outubro, seja ocupada pela primeira suplente do partido, Raquel Duarte Carvalho. Por maioria de votos, os ministros do STF entenderam que a vaga deve ser ocupada pelo primeiro suplente do partido e não da coligação. Após negar a pretensão do PMDB, presidente da Câmara convocou para assumir a vaga decorrente da renúncia o primeiro suplente da Coligação 'Rondônia Mais Humana' (PP, PMDB, PHS, PMN, PSDB e PT do B), Agnaldo Muniz. O partido impetrou então este mandato de segurança no STF para impugnar o ato do presidente da Câmara. Ao STF, o PMDB informou que o deputado Agnaldo Muniz não integra mais o PP, partido pelo qual concorreu em

2006, figurando atualmente como suplente do PSC, agremiação pela qual concorreu ao cargo de senador nas últimas eleições. O relator, ministro Gilmar Mendes, optou por levar ao exame do Plenário o pedido de liminar, em razão da proximidade do fim da atual Legislatura e da importância da questão constitucional suscitada. Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes afirmou que a tese do PMDB 'é extremamente plausível'. Em primeiro lugar porque a jurisprudência, tanto do TSE quando do STF, é firme no sentido de que o mandato parlamentar conquistado no sistema eleitoral proporcional pertence ao partido. Em segundo lugar porque a formação de coligação é uma faculdade atribuída aos partidos políticos para disputa do pleito, tendo caráter temporário e restrito ao processo eleitoral. Acompanharam o voto do ministro relator, os ministros Março Aurélio, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso ".4. Ao examinar caso análogo ao presente, o Ministro Presidente decidiu: "No julgamento da liminar no MS nº 29.988 (Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 09.12.2010), a Corte consolidou o entendimento de que o mandato parlamentar conquistado no sistema eleitoral proporcional pertence ao partido político, uma vez que as coligações partidárias são pessoas jurídicas constituídas temporariamente para determinada eleição, desfazendo-se tão logo encerrado o pleito. Tal postura foi firmada no julgamento dos MS nº 26.602 (Rel. Min. EROS GRAU, DJe de 27.10.2008), nº 26.603 (Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 19.12.2008), nº 26.604 (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 03.10.2008) e nº 27.938 (Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe 30.04.2010), ao analisarem o tema da fidelidade partidária. No MS nº 29.988, em cuja decisão o impetrante fundamenta o pedido, discutiu-se se a vaga decorrente da renúncia ao cargo de Deputado Federal pertence ao primeiro suplente da coligação partidária ou ao primeiro suplente do partido político do Deputado Federal renunciante. O Plenário desta Corte decidiu, por maioria, que as coligações partidárias constituem pessoas jurídicas de natureza efêmera, por deixarem de existir tão logo encerradas as eleições, e que o mandato parlamentar conquistado no sistema eleitoral proporcional pertence ao partido político (...) Naquele e neste casos, o Presidente da Câmara dos Deputados, ao indeferir requerimento de posse do suplente partidário, invocou necessidade de observância da lista de suplência encaminhada pela Justiça Eleitoral. Mas, sobre tal argumento, o Ministro Relator advertiu: há de se estabelecer uma nítida diferença entre a hipótese de preenchimento de vaga oriunda de renúncia ao mandato parlamentar (...) e a outra hipótese, diversa, do cumprimento de ordem da Justiça Eleitoral para o preenchimento de vaga originada de conduta de parlamentar trãnsfuga. Nesta última hipótese, de fato, caberá ao Presidente da Câmara dar cumprimento à ordem judicial da Justiça Eleitoral, tal como consta no ofício que lhe foi enviado, seguindo a lista de suplência ali verificada. Eventual impugnação ao ato de posse de suplentes deverá ser realizada mediante a contestação da própria lista de suplência perante a Justiça Eleitoral, em caso de infidelidade partidária. Na primeira hipótese, no entanto, é dever da

*autoridade máxima da Câmara dos Deputados averiguar a forma correta de preenchimento da vaga. Tenho, neste juízo prévio e sumário, que o presente caso se acomoda à primeira hipótese considerada pelo Ministro Relator daquela outra mandamus. Não se trata, aqui, de renúncia parlamentar, nem de transmigração partidária, mas de licença concedida pela Câmara ao Deputado Pedro Novaes para assumir o cargo de Ministro de Estado. Donde aparece claro que a hipótese não é de cumprimento de ordem da Justiça Eleitoral, nem, pois, de lhe atender à consequente lista de suplência, mas apenas de preencher vaga aberta em virtude de licença, à luz da jurisprudência desta Corte. Demonstrada está, assim, a razoabilidade jurídica da pretensão, cuja urgência advém da proximidade mesma do termo da legislatura atual. 3. Pelo exposto, defiro o pedido liminar, para que o Presidente da Câmara dos Deputados proceda à imediata posse do impetrante no cargo de Deputado Federal, vago pela licença do Deputado Pedro Novaes" (Mandado de Segurança n. 30.249/DF). 5. Na espécie vertente, a plausibilidade dos argumentos expendidos na inicial evidencia o relevante fundamento, a conduzir ao deferimento da medida liminar. Os documentos juntados aos autos pelo Impetrante tornam verossímeis as alegações de que Alexandre Aguiar Cardoso (PSB) pode não assumir o cargo de Deputado Federal, em virtude de sua manutenção como Secretário de Ciência e Tecnologia do Estado do Rio de Janeiro, e que a vaga eventualmente deixada por ele pode vir a ser preenchida por candidato de outro partido político. Acrescente-se a isso que a cerimônia de posse dos Deputados Federais eleitos para a 54ª Legislatura está marcada para a data de hoje e que a Câmara dos Deputados logo iniciará os procedimentos para convocação de suplentes para preencher os cargos que permanecerem vagos em razão de licenças ou renúncias dos candidatos eleitos, o que patenteia a urgência da medida pleiteada nesta ação. 6. Cumpre registrar, por fim, que o Impetrante deixou de indicar Carlos Alberto Lopes e o Partido da Mobilização Nacional -PMN como litisconsortes passivos desta ação. Contudo, há de se lhes dar ciência da presente impetração, porque, se acolhido o pedido formulado na petição inicial, estes perderão o direito de precedência na ocupação de eventual vaga de deputado federal pela Coligação "Frente de Mobilização Socialista", motivo pelo qual devem integrar a lide na qualidade de litisconsortes passivos em virtude do interesse jurídico no desfecho deste processo, sob pena de ineficácia da decisão a ser proferida (art. 24 da Lei n. 12.016/09, c/c art. 47 do Código de Processo Civil). 7. [...]. (MS 30260 DF, Rel.(a) Min.Carmem Lúcia, julg. 01.02.2011)*



## A EDUCAÇÃO PARA HEGEL

### **FRANCISCO ANDERSON COSTA DA SILVA:**

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Pós-Graduado em Gestão da Segurança Pública pela Faculdade de Tecnologia Darcy Ribeiro. Graduando em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Ceará - UECE.

### **ALEX MACIEL CRUZ FILHO**

(Coautor)

#### **1 Justificativa e delimitação do tema**

A educação depende de vários fatores oriundos de um estudo teórico abrangente. Dando referência ao estudo da Filosofia, a Pedagogia pode estabelecer um nexo de entendimento e reflexão à luz dos fundamentos filosóficos, na medida em que o desenvolvimento desta conexão acaba por depender do conhecimento obtido através da teoria de autores estudiosos sobre a matéria.

Buscando utilizar os fundamentos da filosofia e sua atividade perante o dimensionamento do estudo da educação, é possível concretizar uma análise categórica e diversificada criando mecanismos contundentes baseados na filosofia do direito em Hegel e que são capazes de alcançar uma definição para a educação dentro do meio familiar, respeitando todas as regras de reflexão estabelecidas pela filosofia sistemática do autor (NOVELLI, 2001).

Hegel (2008) de fato, não escreveu especificamente sobre a educação, todavia, preocupava-se com a formação do homem, e sua pedagogia tinha como característica o humanismo integral. Para Hegel, o indivíduo alcança o saber, que é a compreensão científica do espírito.

Informa o filósofo que não há sociedade que se sustente sem educação, pois o homem se caracteriza pela construção de si com seus semelhantes por meio da história.

Atribui-se então centralidade ao conteúdo que deve ser ministrado enquanto direito, para que o homem aprenda a ser livre, ou seja, racional.

Cogita-se a dialeção da educação com base em Hegel, sem desvincular a sala de aula das concepções e políticas educacionais, sendo a prática pedagógica motivada em Hegel por uma visão específica de homem vinculada à época do filósofo.



Neste exposto, Hegel diz que a autonomia é uma conquista do indivíduo e não é possível renunciar suas particularidades e exclusivismos, assim a educação diz respeito a existência dos indivíduos e de como estes veem a coletividade de forma individualizada (NOVELLI, 2001).

Assim, busca-se responder a seguinte problematização: Como é atribuída a educação para Hegel?

## 1. Objetivos:

- Tem-se como objetivo geral identificar qual a atribuição dada por Hegel à educação.

### 1.1. Objetivos específicos:

- Abordar a proposta hegeliana para a educação;
- No que se baseia a educação positiva;
- Verificar a educação a partir da formação humanista por Hegel.

## 2. Fundamentação Teórica

Hegel, em síntese trazida por Zizek (1996), expôs que a subjetividade é criada para se reconhecer a identidade. Logo, nessa perspectiva, uma das funções do direito é ajudar a estabelecer reconhecimento. Em não havendo esse reconhecimento legal não haverá direito.

Hegel afirma que um indivíduo sem substância, sem objetivos, é um indivíduo incompleto e com déficit identitário. O refugiado, esse outro, ao adentrar em uma nação precisa da proteção desse Estado, pois não possui posse alguma, objeto algum, apenas a ânsia de uma melhor vida.

Não tendo proteção do Estado para aquisição e afirmação social, dependerá da benevolência, ficará a mercê de fatores subjetivos (ZIZEK, 1996).

Ao solicitar uma cidadania – para um exercício político e uma possibilidade de agir ativamente nas ações da comunidade, - um refugiado (outro) depende do reconhecimento mútuo dos demais, travestidos de Estado, pois as leis são para esses e não para aqueles, o que resulta em uma dependência da subjetividade dos membros (INWOOD, 1997).

Quando esse reconhecimento ocorrer por pressão ou por opressão, deixar-se-á de reconhecer as necessidades particulares do indivíduo, do ser humano e

estará se privilegiando um contexto político e não social. Os direitos humanos dentro da perspectiva hegeliana, vão garantir esses mínimos direitos particulares do indivíduo.

A tarefa de Hegel é compreender aquilo que é pura e simplesmente razão. Hegel dedicou sua vida ao ensino de diversos níveis de organização do sistema educacional na sua época, chegando a se professor na Universidade de Heidelberg em Berlim.

Hegel não desconsiderou a tarefa prática e teórica para com a educação, muito embora não tenha escrito um livro sobre pedagogia, manifestou o desejo de vir a escrever.

Mesmo que não tenha realizada uma obra pedagógica, os textos hegelianos podem ser encontrados assuntos de caráter breve sobre a educação (RAMOS, 2003).

As ideias pedagógicas de Hegel e sua filosofia da educação não possuem um perfil específico, mas se articulam e adquirem sentido no interior do sistema da filosofia especulativa, sendo deduzidas algumas categorias importantes como o aperfeiçoamento do indivíduo que se vincula ao processo de espírito perfeito no gênero humano, concepção da disciplina como exigência pedagógica na relação educador-educando (INWOOD, 1997).

Destaca-se que a capacidade representada pela potência lógica de se aprender, constitui caráter integrador e formador universal da pedagogia hegeliana.

Na análise hegeliana, o objetivo da educação é fazer com que os indivíduos cheguem a universalidade concreta do seu processo formado. Serve a educação de força mediadora para a criação de uma segunda natureza na educação, em que Hegel atribui a escola uma função importante no processo de formação do indivíduo, devendo ser reconhecidas as práticas apropriadas a esta.

A escola é uma esfera com material e objetivo próprio, punições e recompensas, representando um degrau necessário para o desenvolvimento ético do caráter do indivíduo.

Torna-se a escola, uma mediadora de uma relação de alteridade, com valor de anteposição de relações concretas de cidadania no Estado. A formação do indivíduo para também por uma ação mediadora oferecendo trabalho formador da negação, sendo que a identidade da vida familiar anula as diferenças.

A pedagogia de Hegel é uma ação formadora da alteridade cultural, sendo a criança homem em si, com razão apenas em si, livre e racional, devendo se atualizar no trabalho (RAMOS, 2003).

Na substancialidade familiar, o indivíduo desenvolve a consciência imediata, mas não reflexiva, passando por um longo processo de educação, para que sua personalidade seja criada de forma individual e intersubjetiva.

Nas palavras de Hegel (1986, p. 175):

“A educação positiva baseia-se no amor, na confiança, no próprio princípio ético da unidade familiar, e tem por finalidade introduzir nos filhos na vida ética sob a forma de um sentimento imediato que ainda não conhece oposição.” (HEGEL, 1986, p. 175).

O indivíduo sendo uma pessoa autônoma e livre, deve ser reconhecido como uma pessoa apta a fundar família e conseqüentemente a educação dos filhos é o momento em que a educação se realiza e também se dissolve (INWOOD, 1997).

Quando se tem uma determinação negativa da educação, elevam-se os filhos a uma imediatidade natural encontrando-se na independência e personalidade livre, capacitando-os de sair da unidade natural da família.

Quando a escola efetiva a educação negativa, acaba opondo-se à afirmação do momento imediato da família, sendo sua finalidade formar as pessoas para a cidadania, preparando o indivíduo para sua realização na vida privada e da efetivação do seu conceito na vida pública (RAMOS, 2003).

Quando a educação escolar é realizada fora da família, têm-se os mediadores pelo qual o indivíduo chega a sua própria realidade, incorporando a universalidade formal da cultura, vivenciando a representação dos esquemas da sociabilidade da sociedade civil - burguesa (INWOOD, 1997).

A mediação para se realizar o próprio indivíduo não se dar a partir da própria família, e também não se produz a partir do estado, deste modo postula-se a presença de uma mediação para a realização do trabalho de formação do homem.

Ramos (2003, p. 13) explica:

“a formação do sujeito é um processo de “ex-posição” (Heraussetzen) ou “ex-plicitação” que, partindo do em-si da imediatidade infantil, passa pelo momento das determinações lógicas da alteridade reflexiva da escola (o seu outro), e

termina pela apropriação consciente do seu ser em- si e para- si da vida adulta do indivíduo, membro da sociedade civil-burguesa e, de forma completa e plenamente formada, como cidadão partícipe do Estado.”

O momento escolar é caracterizado pela negação da família e afirmação antepositiva do universo concreto, sendo a representação do homem formado e da cidadania plena e a escola trabalha na interiorização da forma superior do espírito objetivo (RAMOS, 2003).

Assim, a educação se efetiva por um processo de alienação baseado no trabalho da negatividade dialética em elevar o indivíduo da vida familiar para uma condição superior. Hegel explica a alienação como uma cultura antiga como instrumento pedagógico, propiciando uma imersão na cultura antiga.

### 3. Metodologia

Método, de acordo com Gil (2007, p. 26) “é o caminho para se chegar a determinado fim e método científico são métodos intelectuais e técnicos, adotados para se atingir um conhecimento”.

Gil (2007) compreende que a primeira tarefa, antes de elaborar uma pesquisa social, geralmente, é quando se delimita o tema a ser pesquisado, que pode ser qualquer ponto não resolvido que seja objeto de debate em qualquer área do conhecimento que, involuntariamente, pode ser influenciada pelo cotidiano cultural, social e econômico do pesquisador.

Trata-se de uma revisão bibliográfica, desta forma, será caracterizada pela análise e pela síntese da informação disponibilizada por estudos publicados sobre um determinado tema, de forma a resumir o corpo de conhecimento existente e levar a concluir sobre o assunto de interesse (SAMPAIO e MANCINI, 2007). Consiste no estudo sistematizado desenvolvido a partir de material publicado em artigos científicos, cujo conteúdo constitui seu material de estudo.

Busca-se nesse estudo verificar o ponto de vista hegeliano acerca da educação, por meio do princípio ético, sendo iniciada na relação familiar com base no amor, confiança e ética.

Quanto aos objetivos do trabalho, trata-se de uma pesquisa Exploratória e Descritiva. De acordo com Gil (2007) a pesquisa Exploratória proporciona maior familiaridade com o problema, tendo em vista torná-lo mais explícito. Leitura exploratória: neste momento será realizada uma leitura prévia, visando verificar se os artigos permearão os parâmetros preestabelecidos, ao julgar pela permanência

do texto, será elaborado um resumo de cada obra, a fim de caracterizar o material estudado.

A finalidade da leitura analítica, conforme Gil (2010) é de ordenar e resumir as informações contidas nas fontes, de forma que essas possibilitem a obtenção de respostas ao problema de pesquisa. A Descritiva tem como principal objetivo a descrição das características de determinadas populações ou fenômenos.

Por se tratar de uma pesquisa bibliográfica e não envolver pesquisa com seres humanos, não necessita ser submetida ao Comitê de Ética. Porém, a respeito das informações encontradas, será mantido o compromisso com a fidedignidade dos dados, respeitando e mantendo as principais ideias dos autores consultados, utilizando os devidos referenciais teóricos.

#### 4. Considerações Finais

Hegel foi um importante filósofo alemão que influenciou gerações com suas ideias, apesar de exercer, por um bom tempo, a função de docência, nunca se deteve a escrever um tratado pedagógico, porém podemos observar a relevância do tema para ele.

Para o filósofo alemão, a educação é um processo importante de inserção do indivíduo na sociedade, inicialmente familiar e, posteriormente, escolar. O progresso da educação trará ao sujeito o conhecimento de si e de cidadão, devendo o sujeito ser útil ao trabalho.

Um aprofundamento no tema torna cada vez mais relevante, a compreensão de como Hegel pensava a educação, bem como permite uma maior compreensão da sociedade onde ele estava inserido, compreendendo, por fim, os fatores determinantes para estruturação do modelo pedagógico hegeliano.

#### 5. Referências Bibliográficas

HEGEL, G. W. F. **Fenomenologia do Espírito**. Trad. de Paulo Meneses com a colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 5ª ed. Petrópolis: Vozes e Editora Universitária São Francisco, 2008.

\_\_\_\_\_, HEGEL, G. W. F. **Werke in Zwanzig Bänden**. E. Moldenhauer e K. M. Michel (Eds). Frankfurt: Suhrkamp, 1986a. (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft).

INWOOD, M. **Dicionário Hegel**. Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 1997.

NOVELLI, P. G. O conceito da educação em Hegel. **Interface**. Comunic, Saúde, Educ, v.5, n.9, p.65-88, 2001.

RAMOS, C. A. **Liberdade subjetiva e estado na filosofia política de Hegel**. Curitiba: Ed. UFPR, 2003.



## A UTILIZAÇÃO DO FUNDO JUDICIÁRIO PARA PAGAMENTO DE DESPESA COM PESSOAL SOB A PERSPECTIVA LEGISLATIVA DO ESTADO DE RONDÔNIA

**JOANA FERRAZ DO AMARAL:** Pós-Graduada em Direito Constitucional e Direito Público. Assessora de Desembargador da Câmara Especial (Direito Público) do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia.

**RESUMO:** O presente artigo busca mostrar a possibilidade do uso do Fundo Judiciário para pagamento de despesa com pessoal dentro do próprio Poder Judiciário à luz do artigo 98, § 2º da Constituição Federal e, arts. 41 a 43 da Lei Estadual n. 3.896 de 24/08/2016, bem como a Lei n. 1.963/08, que em seu art. 2º, parágrafo único, regulamentou o fundo especial. Além disso, traz levantamento do uso do fundo especial para pagamento de despesa com pessoal em outros Estados. A finalidade do presente trabalho é estabelecer reflexões sobre a questão, sem, contudo, esgotar o tema.

**Palavras-chave:** Constitucional; Vinculação de receitas; Fundo Judiciário; Despesa com Pessoal; Legislação do Estado de Rondônia.

**ABSTRACT:** This article aims to show the possibility of using the Judiciary Fund to pay expenses with personnel within the Judiciary itself in light of article 98, § 2 of the Federal Constitution and, arts. 41 to 43 of State Law no. 3,896 of August 24, 2016, as well as Law no. 1,963 / 08, which in its art. 2, sole paragraph, regulated the special fund. In addition, it provides a survey of the use of the special fund to pay personnel expenses in other states.

**Keywords:** Constitutional; Revenue linking; Judicial Fund; Personnel Expense; Rondônia State Legislation.

### 1. INTRODUÇÃO

Trata-se o presente estudo acerca da possibilidade de uso de percentual do Fundo de Informatização, Edificação e Aperfeiçoamento dos Serviços Judiciários – FUJU, para pagamento de pessoal, bem como suas implicações legais.

Sobre o tema, tem-se a seguinte legislação: Lei Estadual n. 301/90 de 21/12/90 que instituiu o Regime de Custas, e dispôs sobre a despesa forense, criando em seu art. 12 o FUJU, tendo como receita, entre outras, as custas judiciárias. Esta lei foi totalmente revogada pela Lei Estadual n. 3.896 de 24/08/2016, mantendo-se a previsão do FUJU nos arts. 41 a 43 que estabelecem sua destinação e atualização.

Por sua vez, visando a regulamentação deste Fundo Especial, foi publicada a Lei n. 1.963/08, que em seu art. 2º, parágrafo único, fixou vedação de uso deste Fundo para pagamento de despesas com pessoal.

Concomitantemente a isto, a EC nº 45 de 2004, incluiu o § 2º no art. 98 da CF, que determinou que “as custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça”.

Nesse contexto, este estudo se presta a examinar as limitações de utilização da receita do FUJU impostas pela Constituição Federal bem como pelas Leis Estaduais, sob os aspectos da vinculação desta receita diante de circunstância de crise e ausência de recurso orçamentário para pagamento de verba alimentar de pessoal.

Assim, passa-se a análise sob a ótica do direito financeiro.

## **1. VINCULAÇÃO DE RECEITAS PÚBLICAS**

A vinculação de receitas públicas é mecanismo de controle de certas despesas, que, no entanto, podem causar engessamento da prática orçamentária, diminuindo sua flexibilidade, além de reduzir a eficiência no gasto público.

A vinculação pode se dar tanto com relação a um tributo específico como com uma receita geral ou pool de receitas (fonte) para um serviço específico ou uma área de atividade. A liberdade do administrador em matéria financeira engloba ampla margem de discricionariedade dada pelas normas orçamentárias. Dessa forma, as vinculações viriam para reduzir essa discricionariedade na atuação do administrador.

Com uma eventual vinculação de receitas e a respectiva participação dos indivíduos na determinação destas afetações, poderia ocorrer maior racionalidade e eficiência das escolhas individuais nos gastos públicos, no entanto, esse modelo está dissociado das experiências políticas reais.

Há quatro funções da vinculação de receitas: a) conceder maior reforço ao crédito público; b) limitar o montante de uma despesa ou receita; c) afetar uma receita temporária a uma operação determinada; d) garantir um serviço q se queira personalizar com patrimônio próprio.

Classifica-se em forte (a receita do tributo determina a quantidade de gasto existente para o serviço afetado), fraco (não há determinação do gasto por meio da receita do tributo vinculado), ampla (destinada para um total de gasto de forma

genérica), estreita (a vinculação é feita a fundos com gastos dentro de um programa específico).

No caso de vinculação *stricto sensu*, a afetação é definida para dedicar receita específica para o financiamento de serviços públicos específicos.

Como instrumento jurídico-econômico, a vinculação de receitas é alvo de diversas críticas, pois promove ineficiência e engessamento da gestão orçamentária, devendo-se abandonar a “vontade única” e começar a considerar as imperfeições das finanças públicas.

A doutrina econômica elenca desvantagens na utilização de vinculações de receitas, fazendo com que o princípio da não afetação ganhe força, tais como: distorções nas escolhas e alocações públicas, inadequação à dinâmica orçamentária, comprometimento do papel do orçamento como instrumento de política fiscal, dentre outros.

Ainda, há menção quanto a rigidez causada no sistema orçamentário, com restrições impostas ao ordenador de despesa, pois a mesma mão que permitiria maior controle de gastos é a mesma que impede em determinadas ocasiões, uma gestão racionalizada dos recursos públicos (caráter duplice), operando assim, vantagem de uma despesa em detrimento de outra.

A forma mais comum de vinculação de receitas é aquela instrumentalizada por fundos específicos e finalidades previamente determinadas, de forma a se mitigar o princípio da não afetação de despesa.

A doutrina adaptando-se à realidade orçamentária pátria – que utiliza os fundos apenas para que seja possível vincular receitas e despesas a fins específicos, de forma a não cair na restrição contida no princípio da não vinculação de receitas – conceitua fundo “como um conjunto de recursos utilizados como instrumento de distribuição de riqueza, cujas fontes lhe são destinadas para uma finalidade ou para serem redistribuídas segundo critérios preestabelecidos” (José Maurício Conti, Direito financeiro na Constituição de 1988. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, fl. 199).

## **2. PRINCÍPIO DA NÃO AFETAÇÃO DAS RECEITAS PÚBLICAS**

O princípio da não vinculação respeita regra geral que deve permear os orçamentos públicos: o orçamento deve revelar uma unicidade de receitas e destinação não discriminatória às despesas. Segundo Findlay Shirras, o princípio geral que cumpre seguir, é o de atender à despesa, qualquer que ela seja, com as rendas gerais e não com o produto de uma fonte particular, especialmente

destacada para esse fim (André Castro Carvalho, Vinculação de receitas públicas e princípio da não afetação: usos e mitigações, disponível em file:///C:/Users/205654/Downloads/Carvalho\_Andre\_Castro\_dissertacao\_completa.pdf).

As receitas e despesa mostram dois blocos distintos entre si no orçamento, de acordo com José Mauricio Conti, deve haver observância fiel ao referido princípio considerando que “seu descumprimento reduz a capacidade do administrador alocar os recurso onde se mostrem mais oportunos e convenientes, o que prejudica a administração Pública e os interesses da coletividade” (José Maurício Conti, Direito financeiro na Constituição de 1988. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998).

A finalidade do princípio é obrigar que todos os recursos sejam alocados em um “caixa único” de cada um dos entes federativos, sem que sejam carimbados a certa despesa ou fundo especial já determinado. Inclusive, a técnica do orçamento-programa exposta por José Afonso da Silva é reticente quanto as vinculações, levando em conta que a sua premissa orçamentária basilar é a liberdade de recursos para suprir as necessidades prioridades da Administração (André Castro Carvalho, Vinculação de receitas públicas e princípio da não afetação: usos e mitigações).

Sabe-se que a regra de não vinculação de receitas esculpido no art. 167, IV, da CF diz tão somente aos impostos, no entanto, cabe no presente caso, um olhar sob o aspecto dos princípios, pois seu espectro de incidência é muito mais amplo do que as regras.

Além disso, ainda que positivado constitucionalmente, o princípio da não afetação da receita de imposto não configura cláusula pétrea, de forma que poderão ser criadas exceções por via de emendas constitucionais.

Assim, se o Fundo Especial possui, em seu favor, receitas superiores ao necessário, a tendência é que a Administração equilibre esta relação receitas/custos, favorecendo com que os recursos sejam menos eficazmente utilizados, e ainda, que seja revertido em favor do custeio de necessidades urgentes. Em homenagem ao princípio da eficiência na Administração Pública, essa consequência, presumidamente deveria ocorrer, pois validaria a prescrição principiológica da não vinculação.

Outrossim, o princípio da não afetação está ligado ao princípio da unidade de caixa, pois este viabiliza a existência de não afetação de receitas. Este princípio é bem definido por Louis Trotabas:

Esta regra não proíbe a afetação de créditos, mas sim a afetação de dinheiro a uma despesa determinada. Ela obriga à contabilidade a ter

somente um caixa, no qual são reunidos todos os fundos correspondentes aos seus diversos serviços. A contabilidade deve então prover a todas as despesas com os fundos dispostos, mesmo que eles tenham sido arrecadados sob o regime de afetação de receitas (André Castro Carvalho, Vinculação de receitas públicas e princípio da não afetação: usos e mitigações, p. 145)

James Giacomini explica que “recursos excessivamente vinculados são sinônimos de dificuldade, pois podem significar sobra em programas de menor importância e falta em outros de maior prioridade.” (James Giacomini. Orçamento Público. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2007).

Na realidade, como já dito acima, a afetação excessiva de recursos públicos possui duas facetas: a primeira é que a vinculação em demasia garante com que a alocação dos recursos não fique ao total alvedrio do gestor público, malversando-a de acordo com seus interesses em detrimento de setores viscerais da sociedade. Todavia, o lado negativo é justamente o engessamento dos recursos públicos, o que dependendo do grau, pode levar a nação a uma hecatombe na sua administração financeira, pois o administrador público não tem margem de manobra, de forma que pode ser extremamente prejudicial a outros setores que também necessitam de recursos, mas que não o recebem por não estarem suficientemente desvinculados. Assim, as despesas discricionárias acabam, “saindo por resíduo”. (André Castro Carvalho, Vinculação de receitas públicas e princípio da não afetação: usos e mitigações, p. 199/200)

### **3. DA VINCULAÇÃO ESTABELECIDA NO ART. 98, § 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Estabelece o dispositivo constitucional o seguinte:

Art. 98. [...]

§ 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

Nesse contexto, cabe menção acerca da classificação tipológica da vinculação proposta por Marco Aurélio Greco, no qual há três hipóteses de vinculações intrínsecas: gerais, especiais e individuais.

As vinculações gerais delimitam apenas o campo no qual poderão ser instituídos os tributos, ensejando uma ampla margem de discricionariedade ao legislador quando da disposição da receita. As vinculações especiais ocorrem quando, dada a margem de atuação determinada, a Constituição limita parte deste

campo que justificaria a instituição do tributo, por sua vez acarretando uma margem restrita de discricionariedade ao legislador. Já nas vinculações individuais, há a destinação expressa pela Constituição do produto da arrecadação, cerrando completamente o talante legislativo com a inexistência de margem de escolha (apud André Castro Carvalho, Vinculação de receitas públicas e princípio da não afetação: usos e mitigações, p. 44/45).

Ao que parece, da leitura do texto constitucional, a vinculação se mostra na forma individual, pois destina a exclusividade das receitas provenientes das custas e emolumentos ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

Nota-se de maneira evidente que a vinculação diz respeito ao Poder em que será empregado os recursos provenientes desta arrecadação que, não poderá ser nem ao Poder Executivo e, nem ao Poder Legislativo, direcionando tão somente ao Poder Judiciário. O intuito da norma é promover com maior eficiência a autonomia financeira deste Poder, em consonância com o que preconiza o art. 99, caput, da CF (“Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira”), não foi estabelecida a despesa a qual será paga com o recurso do fundo, mas tão somente sua destinação que são serviços e atividades afetos a Justiça (Poder Judiciário). A limitação é macro e não estrita.

Em uma interpretação sistemática, levando em consideração a localização topográfica do artigo 98, parágrafo 2º, da CF, qual seja, disposições gerais do capítulo dedicado ao Poder Judiciário, pode se concluir que as custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas do Judiciário, ou seja, como já dito, o que a Constituição está vetando é o remanejamento dessas verbas para outro Poder.

No entanto, a legislação estadual impôs limitação extra, ou seja, dentro da restrição já imposta pela Constituição Federal, delimitou dentro do próprio Poder Judiciário o uso da receita proveniente das custas e emolumentos os quais compõe o Fundo Especial – FUJU, direcionando seu uso para determinadas atividades, vedando sua utilização com despesa com pessoal.

Assim, a Lei n. 1963/08, estabeleceu o seguinte:

Art. 2º. O FUJU tem objetivo dotar o Poder Judiciário com recursos financeiros necessários ao processo de modernização e reaparelhamento do Poder Judiciário, por meio de:

I – informatização das dívidas judiciárias;

II – edificação e aparelhamento da Justiça Estadual;



III – aperfeiçoamento dos serviços judiciários, compreendendo aspectos materiais e recursos humanos.

Parágrafo único. É vedada a aplicação receita do Fundo Especial em despesas de pessoal.

Situação similar ocorreu na legislação do Estado de Santa Catarina que da mesma forma continha a mesma proibição, porém, restou vetado em 2004, não possuindo atualmente mais nenhuma restrição quanto a utilização dessa verba para apagamento de despesa com pessoal.

Dada a relevância, colaciono o artigo 2º, da Lei 8.067/90, com as alterações promovidas pela Lei Complementar 188, de 1999, do Estado de Santa Catarina.

Art. 2º O Fundo de Reaparelhamento da Justiça – FRJ, tem por finalidade o fortalecimento de recursos financeiros, destinados ao reequipamento físico e tecnológico do Poder Judiciário, Ministério Público, das unidades prisionais e dos estabelecimentos destinados a atendimento da política de proteção aos direitos da Criança e do Adolescente, principalmente na: (Redação dada pela LC 188, de 1999)

I – elaboração e execução de planos, programas e projetos;

II – construção, ampliação e reforma de prédios;

III – aquisição de equipamentos, veículos utilitários e outros materiais;

IV – implementação dos serviços de informática; (Redação dada pela LC 188, de 1999)

V – manutenção e conservação de edificações e no pagamento das demais despesas de custeio, observado o disposto no parágrafo único deste artigo; (Redação dada pela LC 279, de 2004)

VI – implementação da sistemática de aquisição e controle do selo de fiscalização, instituído pela Lei Complementar nº 175, de 28 de dezembro de 1998; (Redação dada pela LC 188, de 1999)

VII – contratação de estagiários para atuarem junto ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, nas unidade prisionais e nos estabelecimentos destinados a atendimento da política de proteção aos direitos da Criança e do Adolescente; (Redação dada pela LC 188, de 1999)

VIII – capacitação de recursos humanos. (Redação dada pela LC 188, de 1999)

Parágrafo único. VETADO. (Redação dada pela LC 188, de 1999)

Assim previa o parágrafo único: “É expressamente vedada a aplicação de quaisquer recursos do Fundo de Reparalimento do Judiciário – FRJ, em despesas de pessoal” (disponível em: [http://leis.alesc.sc.gov.br/html/1990/8067\\_1990\\_Lei.html](http://leis.alesc.sc.gov.br/html/1990/8067_1990_Lei.html)).

Atente-se que, desde que utilizado para consecução das atividades relacionadas a estrutura do Poder Judiciário, não há impedimento, de ordem Constitucional, para alteração da destinação dos valores pertencentes ao Fundo Especial.

Nessa circunstância, é relevante mencionar precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que teve seu ato/lei suspensa pelo Supremo Tribunal Federal. Enfatizo que a situação é distinta, isso porque o que se tentou fazer naquele Estado foi, utilizar verbas destinadas ao Fundo Especial pertencente ao Judiciário para o Poder Executivo. Nesse caso, de fato, a negativa encontra respaldo na Constituição Federal, pois determina que sua utilização será exclusivamente nas atividades do Judiciário (disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336212>).

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, tentou a mesma manobra e teve sua lei suspensa liminarmente pelo STF (disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385266>).

São latentes as diferenças, pois nos casos acima mencionados estariam se utilizando de um valor pertencente exclusivamente ao Judiciário para pagar conta que não diz respeito a sua atividade.

No presente estudo, o que se propõe é a utilização de um percentual do fundo pertencente ao Judiciário para pagar despesa relacionada diretamente com sua estrutura, em nada se assemelha com os casos retromencionados e não há falar em violação ao texto constitucional, repita-se, estará se utilizando exclusivamente de verbas pertencentes, por ordem constitucional, ao Judiciário para suprir suas próprias despesas.

Ainda em relação ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ manifestou-se negativamente a respeito, pois o repasse do Fundo foi para pagamento de despesas públicas ordinárias do Poder Executivo. Entendeu que, o TJGO deve utilizar os recursos do Fundo Especial de Reparalimento e Modernização do Poder Judiciário apenas para “suprir e

implementar as atribuições do Poder Judiciário, no Estado de Goiás, quanto ao atendimento das despesas de custeio, de investimentos e inversões financeiras”, finalidade para o qual foi criado. A decisão foi tomada durante a 6ª Sessão do Plenário Virtual.

[...]

2. Diante disso, dar outra destinação aos recursos desse fundo, ou usar tais recursos com objetivos outros, como para pagamento de despesas públicas ordinárias do Poder Executivo Estadual, configura desvio de finalidade e viola a Constituição Federal, a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Federal n. 4.320/1964 e a Lei Estadual n. 12.986/1996.

3. A atuação deste Conselho na espécie destina-se, precipuamente, a orientar, sob o prisma da legalidade, o comportamento futuro do tribunal à gestão dos recursos financeiros do Fundo Especial de Reaparelhamento e Modernização do Poder Judiciário, a fim de evitar que atos dessa natureza voltem a ocorrer.

4. Os recursos repassados foram devolvidos ao fundo, com exceção daquele objeto de remissão concretizada por Lei Estadual, razão pela qual a adoção de medidas para a recuperação desse valor está fora das atribuições do CNJ, porquanto importaria na necessidade de formalmente desconstituir ato emanado de outro Poder.

5. Pedido de Providências julgado parcialmente procedente. (CNJ - PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 0004331-64.2014.2.00.0000 - Rel. CARLOS EDUARDO DIAS - 6ª Sessão Virtual - j. 23/02/2016 ).

Ademais, o Poder Judiciário do Estado de São Paulo experimentou similar situação, sem previsão legal utilizou dos fundos especiais para pagamento de auxílio alimentação para servidores e magistrados, no entanto, em inspeção o CNJ apontou irregularidade, pois a lei que havia instituído o fundo não previu essa finalidade. Posteriormente a lei foi alterada para legitimar o ato e, doravante, vem sendo aplicado (disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1994/alteracao-lei-8876-02.09.1994.html>)

Outrossim, o próprio Poder Executivo do Estado de Rondônia já precisou utilizar recursos dos fundos especiais para dar aporte financeiro num momento de crise e, assim fazer frente as despesas já contraídas. Assim, flexibilizou-se a

utilização de parte dos recursos dos fundos especiais, até o limite de 50% da receita arrecadada para complementar o pagamento de despesas de pessoal e custeio (disponível em: <https://al-ro.jusbrasil.com.br/noticias/100045360/assembleia-autoriza-executivo-a-utilizar-recursos-dos-fundos-especiais>).

#### **4. CONCLUSÕES**

Por todo exposto, conclui-se que:

É absolutamente vedado o repasse do Fundo Judiciário para outros Poderes;

Nos exemplos citados, foi possível observar que a falta de previsão legal para uso da receita de modo diverso da prevista em lei, ainda que dentro do próprio Poder Judiciário, também não é possível, havendo necessidade de lei autorizativa nesse sentido

Não há vedação constitucional para propor a alteração da lei nº 1.963/08 de modo a autorizar em situações excepcionais que o Fundo Especial seja utilizado para pagamento de pessoal dentro do próprio Poder Judiciário é possível concluir que não há vedação constitucional para propor a alteração da Lei nº 1.963/08 de modo a autorizar em situações excepcionais que o Fundo Especial seja utilizado para pagamento de pessoal dentro do próprio Poder Judiciário, no entanto, é absolutamente vedado o repasse para outros Poderes. Além disso, analisando situações similares nos Estados acima mencionados, foi possível observar que a falta de previsão legal para uso da receita de modo diverso da prevista em lei, ainda que dentro do próprio Poder Judiciário, também não é possível, havendo necessidade de lei autorizativa nesse sentido.

#### **REFERÊNCIAS**

André Castro Carvalho, Vinculação de receitas públicas e princípio da não afetação: usos e mitigações, disponível em [file:///C:/Users/205654/Downloads/Carvalho\\_Andre\\_Castro\\_dissertacao\\_completa.pdf](file:///C:/Users/205654/Downloads/Carvalho_Andre_Castro_dissertacao_completa.pdf)

José Maurício Conti, Direito financeiro na Constituição de 1988. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998

André Castro Carvalho, Vinculação de receitas públicas e princípio da não afetação: usos e mitigações

James Giacomini. Orçamento Público. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2007

## **DECRESCIMENTO SERENO: UMA ABORDAGEM DOS QUESTIONAMENTOS DE SERGE LATOUCHE SOB O PRISMA DOS PROCESSOS DE DECOLONIZAÇÃO NAS SOCIEDADES DA AMÉRICA LATINA**

**LORENA SIMÕES FLORÊNCIO:**

Mestranda em Direito pela Faculdade Damas - FADIC, Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Especialista em Gestão e Controle Ambiental pela Universidade de Pernambuco- UPE. Advogada inscrita na OAB-PE sob o n. 30.391.

**RESUMO:** A tentativa de harmonizar desenvolvimento econômico e meio ambiente não é uma missão fácil, mas vem preocupando e despertando interesse de estudiosos no mundo todo, sobretudo, pois, as consequências dos impactos ambientais, de uma relação predatória com o meio ambiente, transcendem os territórios. Desta feita, o presente estudo aborda/lança a discussão das problemáticas ambientais sob um viés biocêntrico, através das propostas de decrescimento sereno e práticas de Bem Viver. Para tanto, em um primeiro momento, foi apresentado o cenário de reflexão do decrescimento sereno, proposto por Serge Latouche, objetor do crescimento pelo crescimento. No segundo capítulo, esse estudo buscou analisar se as contribuições das práticas de bem viver propostas pelos processos de decolonização na América Latina poderiam inspirar o decrescimento sereno, nas sociedades latino-americanas. A metodologia utilizada foi a descritiva, por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Por fim, conclui-se que ainda estamos distante de um rompimento com o modelo que nos é imposto desde os processos de colonização, mas que o novo constitucionalismo latino-americano nos instiga a uma necessidade de reinventarmos o modelo econômico, com a finalidade de alcançarmos um novo viver, promovido pela interação da sociedade local em respeito à recuperação do meio ambiente.

**Palavras chaves:** decrescimento sereno, processos de decolonização, bem viver.

**ABSTRACT:** The attempt to harmonize economic development and the environment is not an easy task, but it has been preoccupying and arousing the interest of scholars around the world, especially because the consequences of the environmental impacts, of a predatory relation with the environment, transcend the territories. This time, the present study approaches / launches the discussion of environmental issues under a biocentric view, through the proposals of serene degrowth and good living practices. For that, at first, it was presented a scenario of reflection of the serene degrowth, proposed by Serge Latouche, objector of the growth by growth. In the second chapter, this study sought to analyze whether the

contributions of good living practices proposed by decolonization processes in Latin America could inspire serene degrowth in Latin American societies. The methodology used was descriptive, through bibliographical and documentary research. Finally, we conclude that we are still far from a break with the model imposed on by the colonization processes, but that the new Latin American constitutionalism instigates us to a need to reinvent the economic model, in order to achieve a new life, promoted by the interaction of the local society in respect to the recovery of the environment.

**Keywords:** serene degrowth, decolonization processes, good living.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Decrescimento Sereno: da crítica ao crescimento pelo crescimento à construção de uma sociedade alternativa. 3. Um Novo Viver: da proposta de Serge Latouche às práticas de bem viver das sociedades Latino-Americanas. 4. Considerações Finais.

## 1. Introdução

A preocupação com a incompatibilidade de crescimento *versus* a limitação do planeta já remonta há mais de meio século, isso se tomarmos por base os alertas ao uso de pesticidas do livro de Rachel Carson, *Silent Spring*, publicado no ano de 1962, seguido de relatórios, como o Relatório do Clube de Roma de 1972[1].

Dessa forma, resta evidente que, há muito, é de conhecimento geral que a produção e consumo não poderiam ultrapassar a capacidade de regeneração da biosfera. Entretanto, a realidade é exatamente a oposta, a humanidade já consome quase 30%[2] a mais dessa capacidade de regeneração, sem que nada ou pouco seja feito em relação a este fato.

Isso se deu, basicamente, devido ao modo de desenvolvimento/crescimento ilimitado assumido, trazido e difundido pela globalização, sob visão hegemônica e antropocêntrica, com a pretensa ideia de alcançar o bem estar social, mediante o consumo ilimitado, pregada pelo capitalismo.

Na visão de Latouche o sistema capitalista é uma sociedade fagocitada por uma economia que almeja, apenas, o crescimento pelo crescimento, ou seja, não se tem como objetivo crescer para satisfação das necessidades humanas. Ao contrário, intensifica-se a produção, para fazer crescer o consumo e assim aumentar as necessidades. E, como resultado tem-se o aumento da produção do lixo, da poluição e a própria destruição do planeta.



Portanto, o sistema pouco se interessa a despeito do que os relatórios ambientais alertam, ainda que as consequências ali insculpidas digam respeito aos limites do nosso planeta e sua capacidade de regeneração. Para tanto, Latouche propõe os seguintes fundamentos, avaliação do alcance do decrescimento como alternativa; a utopia concreta do decrescimento e os meios de sua efetiva materialização[3].

Em um primeiro momento, esse estudo se propõe a discutir acerca da objeção do crescimento pelo crescimento, trazendo como expoente Serge Latouche, mais precisamente nas ideias lançadas no livro o Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno[4], sobretudo como proposta de alternativa ao desenvolvimento[5] nas sociedades de modelo eurocêntrico.

Por outro lado, tomou-se ainda como marco teórico a obra o Bem Viver de Alberto Acosta, isso, pois, buscou-se responder se a política do decrescimento sereno e as propostas do bem viver, dos novos processos de constitucionalização da América Latina, apresentam viabilidade de aplicação à alternativa de crescimento, ainda que de forma paralela ao sistema predominante capitalista.

O Estudo se justifica pela forma pelas quais vem sendo tratadas as questões ambientais, sob o viés antropocêntrico, o qual traz consequências às presentes e futuras gerações, desrespeitando a biosfera na qual o homem encontra-se inserido, sobretudo, pois, este se enxerga em posição de domínio àquela.

Por último, concluímos que o novo constitucionalismo da América Latina, por inovar no que se refere à pluralidade cultural e reconhecimento da natureza como sujeito de direitos, poderá nos impulsionar a buscar um novo viver, respeitando a recuperação do meio ambiente e considerando as necessidades locais, como prática de interação da sociedade.

## **2. Decrescimento Sereno: da crítica ao crescimento pelo crescimento à construção de uma sociedade alternativa**

O desenvolvimento em si é um processo natural, as plantas, os animais, inclusive, os humanos se desenvolvem, seja a partir de uma semente, ovo ou embrião até alcançarmos a maturidade, o meio ambiente, ademais, se desenvolve através de um processo, natural, cíclico[6].

A promessa de progresso, por outro lado, veio intimamente ligada ao crescimento/desenvolvimento da sociedade[7], o qual implicaria necessariamente em bem estar e qualidade de vida das pessoas. Trata-se de um processo linear[8] e ilimitado por meio do qual, seres humanos buscam satisfazer, pretensas necessidades, influenciados pelo modelo hegemônico ocidental[9].

O padrão civilizatório antropocêntrico, monocultural e patriarcal, de crescimento sem fim e de guerra sistemática contra os fatores que tornam possível a vida no planeta passa por uma crise terminal. A civilização de domínio científico-tecnológico sobre a chamada “Natureza” – que identifica o bem-estar humano com a acumulação de objetos materiais e com o crescimento econômico desmedido, e cuja máxima expressão histórica é o capitalismo – está com os dias contados. Sua dinâmica destrutiva, de mercantilização de todas as dimensões da vida, mina aceleradamente as condições que a tornam possível. A incorporação de novos territórios de exploração, a apropriação do conhecimento de outros e a manipulação dos códigos da vida (biotecnologia) e da matéria (nanotecnologia) nos aproximam aceleradamente dos limites de um planeta finito. Agora que a humanidade precisa incorporar a diversidade e a multiplicidade de culturas, formas de conhecer, pensar e viver, dentro do conjunto das redes da vida (como alternativa para responder a essa crise civilizatória), paradoxalmente povos e culturas indígenas e camponeses de todo o planeta estão sendo ameaçados pelo avanço inexorável da lógica do processo de acumulação por despossessão[10].

Em razão dos padrões de consumo não comportarem uma equivalência proporcional à finitude dos recursos naturais surgiu a ideia de decrescimento sereno, na qual, Serge Latouche aponta para a importância de visualizá-lo como sendo uma crítica radical ao desenvolvimento, de modo que é preciso pensar/agir sob uma nova ótica, focada em trabalhar menos, consumir menos, a fim de viabilizar a implementação de um projeto alternativo, uma nova política após-desenvolvimento.

Isso, pois, o crescimento econômico depende, como fonte primária, do uso de recursos energéticos, da própria matéria fornecida pelo meio ambiente. E, portanto, crescer economicamente sem respeito ao meio ambiente, sem observar a capacidade de regeneração da biosfera, não representaria desenvolvimento propriamente dito.

O decrescimento é mais uma crítica/desmistificação do desenvolvimento sustentável, ao ponto de afirmar que “o desenvolvimento é uma palavra tóxica, qualquer que seja o adjetivo que o vistam”[11]. Latouche lança uma série de críticas ao conceito de desenvolvimento sustentável, destacando que no ano de 1972 a expressão prevaleceu a que seria mais neutra, ecodesenvolvimento, adotada na

Conferência de Estocolmo daquele ano, por pressões do *lobby* industrial americano[12].

O desenvolvimento sustentável teria encontrado uma alternativa, os mecanismos de energia limpa, "tecnologias poupadoras de energia ou de carbono", justificando a eficiência econômica, ou seja, não há um enfrentamento do problema nem tampouco se indaga a lógica do desenvolvimento: "continua-se a mudar o penso em vez de pensar a mudança"[13].

O desenvolvimento sustentável seria mais uma alternativa para possibilitar a continuidade do crescimento pelo crescimento, de forma ilimitada em um planeta reconhecidamente finito, trazendo uma aparente preocupação em estabilizar o uso dos recursos naturais, com a finalidade de se utilizar deles, permanentemente.

As bases da teoria do desenvolvimento sustentável são estremecidas pela insustentabilidade do modo de produção econômica e as demandas crescentes por produtos: o modelo do desenvolvimento sustentável não aproximou o econômico do social já que houve aumento da desigualdade e concentração de riqueza. Demais disso, permanecem os desastres na natureza em virtude de ações humanas. "Desse modo, o decrescimento procura aprimorar a própria condição humana em uma democracia justa e equitativa" [14].

Importante destacar, por outro lado, que o decrescimento não implica em crescimento negativo, até mesmo porque a simples diminuição do crescimento desencadearia, necessariamente, o aumento das taxas de desemprego, o abandono de uma série de programas sociais, educativos, culturais e ambientais. Logo, o decrescimento só se apresenta como possibilidade, se houver uma ruptura com os padrões de progresso e desenvolvimento até aqui adotados, fazendo-se necessária a sua realização em uma sociedade de decrescimento[15].

O objetivo seria uma sociedade em que se possa ter qualidade de vida e gestão racional na condução da economia e dos mercados, afastando-se da cultura do consumismo, trazendo de volta a criatividade necessária para a construção sustentável do Estado.

Após delinear o território do decrescimento, avaliando seu alcance, Latouche propõe a utopia concreta do decrescimento, na qual especifica haver a necessidade de uma revolução cultural bem como uma refundação do político, isso, pois, destaca que todos os regimes modernos foram produtivistas, tendo como proposta inquestionável o crescimento econômico.

O decrescimento é um projeto político, que deve ser estruturado tanto para o Norte quanto para o Sul, por meio de sociedades conviviais autônomas e econômicas. Para tanto se faz necessário calcá-lo numa análise realista da situação, a fim de aplicar o que Serge Latouche chama de círculo virtuoso dos oito “erres”: reavaliar, reconceituar, reestruturar, redistribuir, realocar, reduzir, reutilizar e reciclar.

Outro ponto importante, ainda na estrutura do projeto do decrescimento, é que não se trata de um modelo uniforme a ser imposto nas sociedades, ademais, aponta Latouche que “são as populações implicadas que devem determinar o conteúdo do projeto”[16].

Já no que se refere à implementação prática do decrescimento Latouche propõe a concretização de um programa político, por meio de medidas bastante simples tal qual a de “resgatar uma pegada ecológica igual ou inferior a um planeta”[17].

Ademais, traz como outras formas de concretização a integração dos custos de transporte aos danos que são gerados, a realocação das atividades, a restauração da atividade de agricultura camponesa, a transformação dos ganhos de produtividade em redução de tempo de trabalho acompanhado da criação de empregos, o incentivo da “produção” de bens relacionais, a redução do desperdício de energia, a taxa pesada das despesas com publicidade, a decretação de moratória sobre inovação tecnológica[18].

É importante notar que a objeção ao crescimento implica necessariamente o questionamento à lógica capitalista[19], caso contrário qualquer que fosse a teoria/programa estaria fadada ao fracasso.

Por fim, Serge Latouche conceitua o projeto do decrescimento não como um modelo que já vem pronto, mas sim uma fonte baseada na diversidade cultural. Pois, trata-se de uma questão de respeito às pessoas, às coisas e aos seres.

Nesse ponto, é bem evidente que a pretensão do decrescimento por abrir um diálogo intercultural em vez de partir do universalismo autoritário de uma potência dominadora, e, isso é possível graças ao reconhecimento da relatividade das crenças.

É justamente a partir desse aspecto e ponderando as questões acima destacadas que iremos abordar como as contribuições das práticas de bem viver poderiam influenciar ou mesmo viabilizar o decrescimento sereno nas sociedades da América Latina.

### 3. Um Novo Viver: da proposta de Serge Latouche às práticas de bem viver das sociedades latino-americanas

Consoante visto no tópico anterior o caminho para o decrescimento é um convite para a sociedade de decrescimento, ou seja, a reconstrução de uma sociedade mais justa, ecossocialista, mais democrática, enfim, uma sociedade de abundância frugal baseada na autolimitação das necessidades, em que se pretende viver o aqui e agora e não somente supor um futuro melhor[20].

Entretanto, importante destacar que a visão de Serge Latouche é baseada numa proposta de sociedade eurocêntrica, desenvolvida. Sendo certo que o programa de decrescimento nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento enfrentariam outros desafios.

Ousar o decrescimento no hemisfério Sul é tentar provocar um movimento espiral para se pôr a órbita do círculo virtuoso dos oito “erres”. Essa espiral que introduz ao decrescimento poderia se organizar com outros “erres”, alternativos e complementares ao mesmo tempo – como Romper, Reatar, Resgatar, Reintroduzir, Recuperar etc. Romper com a dependência econômica e cultural em relação ao Norte. Reatar com o fio de uma história interrompida pela colonização, o desenvolvimento e a globalização. Resgatar e se reapropriar de uma identidade cultural própria. Reintroduzir os produtos específicos esquecidos ou abandonados e os valores “antieconômicos” ligados ao passado desses países. Recuperar as técnicas e práticas tradicionais[21].

A proposta de decrescimento sereno parece não ser a única objetora do crescimento pelo crescimento, isso, pois, o novo constitucionalismo latino-americano trouxe inovações aos textos constitucionais, abrindo espaço ao conhecimento obtido através das experiências dos povos originários, mormente, no que diz respeito à relação entre o homem e natureza/*patchamama/Madre Tierra* e práticas de Bem Viver.

O Bem Viver não se trata da idealização de um novo sistema de acumulação material, nem da redistribuição de bens, ou da insistência em realizar as mesmas coisas com resultados mais eficientes. “Outro mundo será possível se for pensado e erguido democraticamente, com os pés fincados nos Direitos Humanos e nos Direitos da Natureza”[22].

Para conceituar o Bem Viver é necessário ter a ciência de que se trata de um conceito aberto, de origem latino-americana, um princípio de vida como viver em harmonia com a Mãe Natureza e em equilíbrio e respeito com todas as formas de existência.

A construção da ideia do Bem Viver é um exemplo extremamente importante, uma alternativa de grande potencial às estratégias de desenvolvimento, pois, promove um diálogo intercultural que concede um papel de liderança no conhecimento e sensibilidades dos povos indígenas[23].

Importante perceber que essa alternativa deve incorporar a ética, mormente, pois, a exploração do meio ambiente, nas últimas décadas, fez parte da essência de nossas culturas, de modo que não se trata de uma tarefa simples calcada apenas em uma mudança política, mas intenta modificar a essência ontológica de como entendemos o mundo[24].

Essa nova ética coloca vários elementos em discussão e propõe diversas mudanças, entretanto, as reflexões iniciais são quase sempre negações ou resistências. Isso porque o avanço na promoção de perspectivas biocêntricas colide com o antropocentrismo dominante, a exemplo da questão do Parque Yasuní[25] no Equador[26].

Desta feita, há de se levar em consideração que os processos de mudança são em si, batante, demorados, o que nos leva a ter certeza de que se trata de uma longa caminhada, mas que isso não retira a necessidade de ampliação da discussão, a fim de levá-la ao alcance de interessados e estudiosos.

Cada expansão de direitos foi inadmitida ou considerada absurda, e, foi com bastante esforço político que ocorreram as mudanças de costumes e de leis que não vislumbrava essa ampliação. Um exemplo curioso é o fato do reconhecimento de direitos, “quase humanos”, às pessoas jurídicas[27], o que nos leva a seguir a fim de alcançar o reconhecimento de direitos à natureza.

É apropriado lembrar, ainda, a história do conceito de direitos humanos para ilustrarmos essa particularidade. A ideia de que as pessoas possuem direitos e que eles podem ser violados, não surgiu do dia para a noite. Iniciou-se com retóricas e metáforas, avanços e retrocessos, protestos e mobilizações[28]. “É preciso implodir todos objetivos, políticas e ferramentas com que se tem buscado inutilmente o bem-estar geral prometido pelo desenvolvimento”[29].

Desta feita, trata-se realmente de uma mudança de paradigma, na qual a exploração dos recursos naturais não poderá se perpetuar como condição de crescimento econômico, ou seja, as políticas de desenvolvimento deveriam,



realmente, avaliar ou ao menos considerar práticas alternativas ao desenvolvimento tradicional.

Ademais, é importante considerar que o fato das questões ambientais serem deixadas para serem resolvidas, futuramente, em uma espécie de aposta do progresso tecnológico, não se coaduna com o respeito aos princípios da precaução e da solidariedade[30], isso porque, não restaria escolha/alternativa às próximas gerações, dada a finitude dos recursos naturais.

Outra economia deverá ser lançada para que haja a efetivação das práticas do Bem Viver. Ou seja, o sistema econômico deverá ser sustentado sob os princípios que regem a proposta pós-desenvolvimentista[31], tais quais solidariedade, sustentabilidade, reciprocidade, complementariedade, responsabilidade, integralidade, diversidade cultural, identidade, equidade e democracia[32].

A Bolívia e o Equador são os exemplos práticos de instituição constitucional das práticas do Bem Viver, sobretudo porque nesses dois países deu-se enfoque às tradições e aos saberes de povos originários, em evidente ideal de implementação de outras formas de desenvolvimento ou alternativas ao desenvolvimento.

Compreender que é o planeta quem oferece as condições de vida na terra foi um inestimável movimento elaborado pelas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), que consagram o planeta terra e a natureza como elementos fundamentais para a existência da vida[33].

Dada às contradições que ocorrem entre norma e prática, nos países mencionados, sobretudo no contexto mercadológico, deve ser considerada bastante importante o fato de trazer uma nova ótica para repensar o Estado, a democracia e o direito no contexto mundial e que apontam a possibilidade, senão de alternativas ao desenvolvimento, pelo menos de transição para padrões alternativos.

Assim, o novo constitucionalismo na América Latina, que tem a natureza como seu fundamento, e como objetivo a proteção ambiental tanto no âmbito interno quanto internacionalmente, pode ser interpretado como uma reorientação para a atividade econômica, baseada no ciclo de recuperação da biosfera, levando em consideração a realidade local, promovendo a interação da sociedade em busca de um novo viver!

#### **4. Considerações Finais**

É sabido há muito que a relação de produção e consumo não poderia ultrapassar a capacidade de regeneração da natureza. Entretanto, o que se verifica na prática é justamente o oposto, a exploração da biosfera, estimulado pela diretriz de crescimento pelo crescimento não se coaduna com a capacidade de regeneração dos recursos naturais.

Assim, partindo do princípio de que o desenvolvimento é um processo natural e diante da promessa de que o progresso levaria o desenvolvimento econômico das sociedades, com base no bem estar e qualidade de vida das pessoas, os Estados tentavam traçar um caminho rumo à satisfação das necessidades que lhes eram impostas pelo modelo ocidental.

O crescimento econômico, por si só, não trouxe felicidade nem equiparação das desigualdades, ao contrário, observou-se o surgimento do crescimento ilimitado com base na sociedade de consumo, calcada no ciclo produção ilimitada e necessidades ilimitadas.

E, é justamente diante desse cenário que surge a teoria do decrescimento sereno, como uma alternativa/estratégia de resposta ao modelo de sociedade de crescimento pelo crescimento, com base no consumo ilimitado, sem respeito à pegada ecológica e limites da natureza.

Nesse ponto, destacou-se que, diferentemente das armadilhas do termo desenvolvimento sustentável, o decrescimento sereno apresenta uma proposta de alternativa ao desenvolvimento. Para tanto, delimitou-se a ambiguidade do conceito desenvolvimento sustentável, pois, o que é priorizado nesse modelo econômico é o desenvolvimento e não a necessidade de sustentabilidade ao meio ambiente.

Latouche apresenta a utopia concreta do decrescimento, indicando a necessidade de uma revolução cultural e uma refundação do político, tendo em vista que todos os regimes modernos propuseram de forma inquestionável o crescimento econômico produtivista.

O decrescimento sereno não se apresenta somente na teoria, mas também na prática, não se trata de um modelo pronto, mas sim apresenta a necessidade de adequação à sociedade, em respeito à diversidade cultural e dos seres.

Dessa forma, foi analisado, ainda, se o novo constitucionalismo da América Latina, sobretudo nos Estados da Bolívia e do Equador, poderia ser capaz de influenciar o decrescimento sereno nas sociedades latino-americanas, principalmente com o reconhecimento de direitos ao meio ambiente, abertura a

novos conhecimentos compartilhados por povos originários e práticas de Bem Viver.

Nesse momento, foi possível perceber que o reconhecimento e valorização dos interesses locais, da cultura dos povos originários e dos direitos da natureza possibilitaria a construção de um novo mundo, sustentado nos direitos humanos e do meio ambiente.

Ou seja, trata-se de uma mudança de paradigma, que limita a exploração dos recursos naturais na escalada do crescimento econômico, apontando a necessidade de as políticas públicas serem voltadas às práticas alternativas ao desenvolvimento tradicional até agora em vigor.

Entretanto, notou-se, ainda, que as contradições existentes entre norma e prática, nos Estados da América Latina, tal como a ocorrida no parque nacional Yasuní, não pode nos levar a desacreditar na possibilidade de repensar o Estado sob uma nova ótica, as de alternativas ao desenvolvimento ou ainda de formas de transição para viabilizar esses padrões alternativos.

Logo, conclui-se que o novo constitucionalismo na América Latina, pode contribuir para a viabilização do decrescimento sereno nas sociedades latino-americanas, sobretudo, pois, traz inovações de caráter protetivo ao meio ambiente, reconhecendo-o como sujeito de direitos. E ainda pela sua contribuição específica no que diz respeito à possibilidade de reorientação das práticas econômicas, fundamentadas nas necessidades e interação da comunidade local, oportunizando um novo viver!

## 5. Referências

ACOSTA, Alberto. **O bem viver. Uma oportunidade para imaginar outros mundos.** Trad. Tadeu Breda. São Paulo: Elefante, 2011.

ARANCIBIA, Felipe E. Rodríguez. **Decrescimento, a realização de uma utopia.** Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922012000100012](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922012000100012)> Acesso em: 15 jan 2019.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade **Revista Novos Estudos Jurídicos Eletrônica**, Vol. 19 - n. 1 - jan-abr 2014.

DILGER, Gerhard, LANG, Mirian e PEREIRA FILHO, Jorge. Descolonizar o imaginário – Debates sobre pós-extratativismo e alternativas ao desenvolvimento. In: LANDER, Edgardo. **Com o tempo contado: Crise civilizatória, limites do planeta, ataques**

à **democracia e povos em resistência\***. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo. Elefante, 2016.

DILGER, Gerhard, LANG, Mirian e PEREIRA FILHO, Jorge. Descolonizar o imaginário – Debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento. In: LANG, Mirian. **Alternativas ao desenvolvimento**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo. Elefante, 2016.

GUDYNAS, Eduardo. **Derechos de la Naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales**. Lima: CLAES, 2014.

HOLANDA, Marcus Mauricius. **A teoria do decrescimento econômico: um estudo sobre a viabilidade de aplicação no constitucionalismo brasileiro para o alcance da sustentabilidade**. Universidade de Fortaleza - BDTD - Biblioteca Digital de Teses e Dissertações. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F86027120181005154855384499/Tese.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

LANDER, Edgardo. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2005.

LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Tradução Cláudia Berliner.

\_\_\_\_\_. Convivialidade e decrescimento. **Caderno IHU ideias**. Ano 10 N. 166. 2012. Disponível em: <<file:///D:/refer%C3%A2ncias%20para%20artigos/166cadernosihuideias%20%20convivialidade%20e%20decrescimento.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2019.

MARQUES, Clarissa. POR UMA COMPREENSÃO DA CRISE AMBIENTAL E DO PARADIGMA DO RISCO. **Revista Caderno de Relações Internacionais**, vol. 4, nº 7, jul-dez. 2013.

MARQUES, Clarissa. MEIO AMBIENTE, SOLIDARIEDADE E FUTURAS GERAÇÕES. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. v. 32.2, jul./dez. 2012.

SANTOS, Maria do Carmo Rebouças da Cruz. O Constitucionalismo Pluralista do Bem Viver: a reação latino-americana ao paradoxo do desenvolvimento. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**. V.12 N.1 2018 ISSN: 1984-1639. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/15983>> Acesso em: 15 jan. 2019.

NOTAS:

[1] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[2] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[3] ARANCIBIA, Felipe E. Rodríguez. **Decrescimento, a realização de uma utopia**. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922012000100012](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922012000100012) visto em: 15 jan 2019.

[4] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[5] (...) “entendido hegemonicamente como um processo linear, ininterrupto, associado à “dominação da Natureza”, reduzido ao acúmulo incessante de mercadorias.” – DILGER, Gerhar; LANG, Miriam e PEREIRA FILHO, Jorge (Orgs.). **Descolonizar o imaginário**: debates sobre pós- extrativismo e alternativas ao desenvolvimento. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2006. Tradução de Igor Ojeda.

[6] DILGER, Gerhard, LANG, Mirian e PEREIRA FILHO, Jorge. **Descolonizar o imaginário – Debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento**. In: LANG, Mirian. **Alternativas ao desenvolvimento**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo. Elefante, 2016.

[7] (...) o discurso sobre “o desenvolvimento” estabeleceu – e consolidou – uma estrutura de dominação dicotômica: desenvolvido-subdesenvolvido, pobre-rico, avançado-atrasado, civilizado-selvagem, centro-periferia. (...) O mundo então se ordenou para alcançar o “desenvolvimento”. Surgiram planos, programas, projetos, teorias, metodologias e manuais de desenvolvimento, bancos especializados em financiar o desenvolvimento, ajuda ao desenvolvimento, capacitação e formação para o desenvolvimento, comunicação para o desenvolvimento e uma longa lista de etcéteras. ACOSTA, Alberto. **O bem viver. Uma oportunidade para imaginar outros mundos**. Trad. Tadeu Breda. São Paulo: Elefante, 2011.

[8] A designação linear remonta discurso de posse do presidente dos Estados Unidos Harry Truman, em 1949, lançou ao mundo o binômio “desenvolvimento” e “subdesenvolvimento”, entendidos a partir de então como descrição do estado de uma economia ou sociedade. DILGER, Gerhard, LANG, Mirian e PEREIRA FILHO, Jorge. **Descolonizar o imaginário – Debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao**

desenvolvimento. In: LANG, Mirian. **Alternativas ao desenvolvimento**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo. Elefante, 2016.

[9] Para o aprofundamento do estudo acerca do delineamento histórico discursivo desse modelo de desenvolvimento indicamos o trabalho de SANTOS, Maria do Carmo Rebouças da Cruz. O Constitucionalismo Pluralista do Bem Viver: a reação latino-americana ao paradoxo do desenvolvimento. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**. V.12 N.1 2018 ISSN: 1984-1639.

[10] DILGER, Gerhard, LANG, Mirian e PEREIRA FILHO, Jorge. Descolonizar o imaginário – Debates sobre pós-extratativismo e alternativas ao desenvolvimento. In: LANDER, Edgardo. **Com o tempo contado: Crise civilizatória, limites do planeta, ataques à democracia e povos em resistência\***. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo. Elefante, 2016.

[11] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[12] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[13] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[14] HOLANDA, Marcus Mauricius. A teoria do decrescimento econômico: um estudo sobre a viabilidade de aplicação no constitucionalismo brasileiro para o alcance da sustentabilidade. **Universidade de Fortaleza - BDTD - Biblioteca Digital de Teses e Dissertações**. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F86027120181005154855384499/Tese.pdf>>. Acesso em: 17 jan 2019.

[15] Sociedade convivial que vise favorecer a “descolonização do imaginário” e buscar “comportamentos virtuosos”, calcados na cultura responsável, sustentável, com produtos que não sejam agressivos ao ecossistema e com respeito ao trabalho com foco na qualidade/cooperação, e não apenas na quantidade/competição, de modo a criar um processo de enriquecimento das potencialidades do ser humano. O decrescimento não “é uma inversão mecânica do crescimento, é a construção de uma sociedade autônoma, certamente mais sóbria e, sobretudo, mais equilibrada” LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[16] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.



[17] Nesse sentido Latouche indica que a redução dessa pegada ecológica não implicaria o retorno à idade da pedra, desde que os consumos intermediários fossem desinchados, ou seja, transportes, energia, embalagens, publicidade, sem afetar o consumo final. E, ainda afirma que o retorno ao local e à caça ao desperdício contribuiria para tal fim. LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[18] Sobre esse aspecto afirma o Autor que existe uma necessária reorientação das pesquisas técnicas e científicas, ou seja, favorecer as pesquisas em agrobiologia e em agroecologia em vez da agroindústria. LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[19] Nesse sentido afirma Serge Latouche que se não insistirmos na crítica específica do capitalismo é porque nos parece inútil chover no molhado. No essencial, essa crítica foi feita e benfeita por Karl Marx. Contudo, não basta questionar o capitalismo, também é preciso pôr em questão toda sociedade de crescimento. E, nisso Marx se equivoca. Questionar a sociedade de crescimento implica questionar o capitalismo, mas o inverso não é necessariamente verdadeiro. Capitalismo mais ou menos liberal e socialismo produtivista são duas variantes do mesmo projeto de sociedade de crescimento, baseado no desenvolvimento das forças produtivas que supostamente favoreceria a marcha da humanidade rumo ao progresso. LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[20] LATOUCHE, Serge. Convivialidade e decrescimento. **Caderno IHU ideias**. Ano 10 N. 166. 2012.

[21] LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

[22] ACOSTA, Alberto. **O bem viver. Uma oportunidade para imaginar outros mundos**. Trad. Tadeu Breda. São Paulo: Elefante, 2011.

[23] GUDYNAS, Eduardo. **Derechos de la Naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales**. Lima: CLAES, 2014.

[24] GUDYNAS, Eduardo. **Derechos de la Naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales**. Lima: CLAES, 2014

[25] Não obstante o governo do Equador tenha cedido às pressões mercadológicas, o parque Yasuní é visto com entusiasmo, Acosta reconhece que o tema adquiriu relevância nacional e internacional. Ademais, diante da reivindicação cada vez mais aceita de que é necessário reduzir e evitar as emissões de co<sub>2</sub>, esta é uma proposta

concreta para deixar de extrair petróleo, protegendo a Natureza. ACOSTA, Alberto. **O bem viver. Uma oportunidade para imaginar outros mundos.** Trad. Tadeu Breda. São Paulo: Elefante, 2011.

[26] GUDYNAS, Eduardo. **Derechos de la Naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales.** Lima: CLAES, 2014.

[27] ACOSTA, Alberto. **O bem viver. Uma oportunidade para imaginar outros mundos.** Trad. Tadeu Breda. São Paulo: Elefante, 2011.

[28] Nesse sentido, cumpre a ressalva de que a produção do conhecimento contempla exatamente a lógica disseminada pelos padrões epistemológicos europeus, de modo que esses direitos são o produto da cultura e do esforço político do Ocidente e, por isso não tem nada ver com a história dos povos não ocidentais. BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos Eletrônica**, Vol. 19 - n. 1 - jan-abr 2014.

[29] Para Alberto Acosta "Conceder direitos à Natureza significa, então, incentivar politicamente sua passagem de objeto a sujeito, como parte de um processo centenário de ampliação dos sujeitos de direito. ACOSTA, Alberto. **O bem viver. Uma oportunidade para imaginar outros mundos.** Trad. Tadeu Breda. São Paulo: Elefante, 2011.

[30] Para aprofundar o estudo acerca da temática recomendamos os seguintes artigos. MARQUES, Clarissa. POR UMA COMPREENSÃO DA CRISE AMBIENTAL E DO PARADIGMA DO RISCO. **Revista Caderno de Relações Internacionais**, vol. 4, nº 7, jul-dez. 2013. E, ainda: MARQUES, Clarissa. MEIO AMBIENTE, SOLIDARIEDADE E FUTURAS GERAÇÕES. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. v. 32.2, jul./dez. 2012.

[31] Necessidade de romper paradigmas, por exemplo, a quebra de uma visão antropocêntrica para o biocentrismo.

[32] ACOSTA, Alberto. **O bem viver. Uma oportunidade para imaginar outros mundos.** Trad. Tadeu Breda. São Paulo: Elefante, 2011.

[33] HOLANDA, Marcus Mauricius. A teoria do decrescimento econômico: um estudo sobre a viabilidade de aplicação no constitucionalismo brasileiro para o alcance da sustentabilidade. **Universidade de Fortaleza - BDTD - Biblioteca Digital de Teses e Dissertações.** Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F86027120181005154855384499/Tese.pdf>>. Acesso em: 17 jan 2019



## **DO RECURSO ESPECIAL E DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: SUAS PECULIARIDADES NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

**PÂMELA BURKE BARBOZA:**

Advogada, Mediadora e Conciliadora Judicial. Mestranda em Função Social do Direito pela FADISP. Pós-graduada em Docência Universitária pelo UNASP-EC e Graduada em Direito pelo UNASP-EC.

MICHELLI ROSA[1]

(coautora)

**RESUMO:** O presente artigo tem como pretensão pontuar as especificidades e particularidades de cada um dos recursos extraordinários lato sensu, analisa as principais mudanças ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente após advento da Constituição Federal de 1988, bem como o cenário da justiça à época da Emenda Constitucional nº 45/2004, necessidades e riscos de se criar filtros processuais. Para tanto, a fim de formular uma síntese propositiva à temática de fundo, a pesquisa utiliza o método dedutivo, promovido inteiramente por revisões bibliográficas e pelo raciocínio dialético entre ciências jurídicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** STF; STJ; Constituição federal de 1988; EC n.45/2004; Pacificação interpretativa.

**ABSTRACT:** The present article intends to point out the specificities of each of the extraordinary lato sensu appeals, it analyzes the main changes that occurred in the Brazilian legal system, especially after the advent of the 1988 Federal Constitution, as well as the justice scenario at the time of the Constitutional Amendment 45/2004, needs and risks of crating procedural filters. To this end, in order to formulate a propositional synthesis to the background theme, the research uses the deductive method, promoted entirely by bibliographic reviews and by dialectical reasoning between legal sciences.

**KEYWORDS:** STF; STJ; Federal Constitution of 1988; EC No. 45/2004; Interpretative pacification.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Da criação do Recurso Especial; 3. Da classificação do Recurso Especial; 4. Das funções do Recurso Especial; 5. Do Recurso Extraordinário e suas nuances no direito constitucional brasileiro; 6. Da tentativa de “desafogar” os tribunais superiores; 7. Das espécies de repercussão geral; 8. Considerações Finais; 9. Referências

## 1. INTRODUÇÃO

No ordenamento processual jurídico brasileiro existem duas classes de recursos, ordinários e extraordinários lato sensu. Aqueles possibilitam que se requeira perante o tribunal uma segunda análise da matéria de direito pretendida, o reexame de decisão pelo tribunal, seja por não aceitar determinada, ou, para que um vício possa ser sanado, no caso de embargo de declaração, ou seja, neste tipo de recurso, se pode falar em correção ou justiça da decisão.

Já os recursos extraordinários lato sensu, têm finalidade de pacificação interpretativa do texto constitucional, contudo, aqui, não se pode falar em justiça, pois o que se busca não é a justiça, mas a revisão de uma decisão que não se coaduna com texto constitucional ou lei federal. “[...] eles não constituem uma espécie de “terceira instância” que visa assegurar a justiça das decisões.”[2]

São espécies de recursos extraordinários lato sensu, o recurso recurso especial – REsp e, o extraordinário – RE , estão disciplinados nos artigos 102, II e III respectivamente, apresentam alguns requisitos em comum no juízo de admissibilidade como, tempestividade, preparo, bem como os demais requisitos comuns a todos os outros recursos, legitimidade, interesse de agir etc, contudo, são recursos que só devem ser interpostos quando já se esgotado as vias ordinárias de recorribilidade.

Desta forma, no primeiro capítulo serão delineados os efeitos repercutidos no ordenamento jurídico brasileiros com o advento da Constituição Federal de 1988, com a cisão de competências, criação do recurso especial – REsp e de uma segunda corte suprema – STJ, competente para julgá-lo.

No segundo capítulo, serão apresentadas as classificações do recurso especial. No terceiro capítulo, serão abordadas as funções que o recurso especial apresenta ao ordenamento jurídico brasileiro.

O quarto capítulo em diante, tratará de a outra espécie de recurso extraordinário lato sensu, o RE (recurso extraordinário em sentido estrito). Para tanto, necessário pontuar as nuances deste recurso no direito constitucional brasileiro, desde seu nascimento a suas importantes mudanças.

No quinto capítulo, demonstrar-se-á as mudanças ocorridas na justiça brasileira na busca de se impedir a desenfreada demanda processual a suprema corte – STF, os filtros processuais inseridos no ordenamento objetivando tal feito, em destaque o requisito de admissibilidade da repercussão geral.

Por fim, o último capítulo apresentará as espécies de repercussão geral existente no ordenamento processual civil brasileiro.

## 2. DA CRIAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL

A Constituição de 1988 seccionou uma das mais altas possibilidades recursais do ordenamento jurídico brasileiro. Antes desta data, o Supremo Tribunal Federal era responsável por ditar de forma resolutiva em última instância a aplicação o direito envolvendo tanto matéria constitucional quanto infraconstitucional. Citando a Carta Magna de 1969, em seu artigo 119, inciso III, alínea "a", é possível observar que o recurso extraordinário seria o método adequado para "decisão que contrariasse dispositivo da constituição ou negasse vigência a tratado ou lei federal." [3]

No entanto, tendo em vista o grande número de casos que se acumulavam no Supremo Tribunal Federal em decorrência da grande abrangência de tipificações de normas violadas, houve uma distribuição desta competência incluindo a participação do Superior Tribunal de Justiça no dito decisório em relação às normas infraconstitucionais. Reservou-se, portanto, a alçada do STF às normas constitucionais apenas, tornando este a mais alta corte responsável por salvaguardar a norma suprema do país.

Desta forma, ocorreu que os recursos dividiram-se em Extraordinário, reservado à competência privativa do STF, e, o recurso especial, destinado ao STJ com o fim de assegurar o direito federal de acordo com a competência elencada no artigo 105 III da Constituição de 1988.

Destarte, a interposição de recurso especial como resultado do descumprimento de norma federal infraconstitucional ocorre a partir de acórdãos dos tribunais de justiça e os tribunais regionais federais.

De acordo com o contexto histórico apresentado por Mancuso, ele menciona a criação de certa discussão entre juristas no ano de 1965, dentre eles, Miguel Reale e Caio Mário que ainda que prematuramente, culminou na ideia de criação do Superior Tribunal de Justiça com o intuito precípua de que houvesse:

- a) Um tribunal superior, na linha da justiça comum, de última instância a nível de direito federal não-constitucional;
- b) É lícito inferir que se desejava evitar qualquer *capitis diminutio* em relação ao STF, que seria mantido como a Corte Constitucional: mas é difícil afirmar que esse desiderato tenha sido mantido na atual constituição. [4]



Ele prossegue ao afirmar que possivelmente ocorreu certa perda de capacidade jurídica tendo em vista que houve uma repartição do recurso extraordinário expresso até então pela Constituição. Isto porque a terminologia recursal destinada ao STF fora mantido pelo artigo 102, III e acrescido a este a nomenclatura do recurso especial abordado pelo artigo 105, III destinado ao STJ. "(...) sendo assim, parece-nos que agora, o 'Tribunal da Federação' são dois: um, o STF, soberano em matéria constitucional; outro, o STJ, soberano no direito federal *stricto sensu*"

O recurso especial, teve como base internacional, assim como o recurso extraordinário, o *writ of error* norte-americano que teve sua origem em 1789.[5]

Assim como a suprema corte dos EUA, o STJ se posiciona como tribunal de superposição, obtendo posicionamento diferenciado no organograma do poder judiciário e segundo o professor Eduardo Arruda Alvim, "gozando de importante função uniformizadora e de preservação do direito objetivo".[6]

O autor prossegue ao mencionar outros dois modelos de tribunais de superposição, quer seja, o francês do à *Cour de Cassation* que surgiu no decorrer do período intensamente modificador da Revolução Francesa mas por mais que exerça função judicante seu posicionamento é fora do poder judiciário. Esta corte tinha por função essencial e, portanto, se limitava somente a cassação das decisões judiciais contrárias à constituição.[7]

O segundo modelo é o modelo da Suprema Corte dos Estados Unidos, também originária do mesmo período histórico revolucionário e eivado de ideais separatistas que constituiriam uma nova nação dotada de sua sonhada independência. Este modelo influenciou sobremaneira a forma como se estruturou o alto posicionamento do poder judiciário no Brasil.[8]

Diferentemente da corte francesa, a Suprema Corte dos Estados Unidos não tem por função apenas cassar as decisões contrárias ao direito federal, mas de reapreciar o caso aplicando efetivamente o direito ao caso concreto.[9]

Desta forma, a existência do Superior Tribunal de Justiça dentro do direito brasileiro tem por função essencial a "prevalência à tutela de um interesse geral do Estado sobre os interesses dos litigantes" Ao descrever o surgimento do STJ, a própria afirmação institucional citando Buzaid, afirma que "o erro de fato é menos pernicioso do que o erro de direito" ao dizer que os fatos guardam íntima relação com o caso concreto e qualquer incoerência em relação a ele vai produzir um efeito vinculativo entre as parte.[10] Ao passo que ao se tratar do erro na aplicação do direito, ocorre uma transcendência ao caso concreto influenciando o dito decisório por consequência de toda a estrutura do poder judiciário.[11]

### 3. DA CLASSIFICAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL

A acessibilidade à justiça e por consequência o direito de ação, também é observado por meio da possibilidade recursal, quer seja, de ter sua decisão revista seja pelo mesmo juízo que a proferiu ou em determinadas circunstâncias, em instância superior.

Em relação à sua fundamentação legal, os recursos podem ser divididos entre os de fundamentação livre no qual apresenta apenas qual modalidade de recurso é cabível contra determinada decisão judicial. Desta forma, por esta classificação, não fica expresso de forma taxativa no dispositivo legal quais são as hipóteses cabíveis.

No entanto, o Recurso Especial ao STJ insere-se na modalidade de fundamentação vinculada, de forma que, em sentido contrário, as hipóteses de cabimento são taxativamente previstas em lei. Sendo inadmitido o recurso que for interposto de forma diversa das especificamente previstas.[12]

Outra classificação diz respeito aos recursos ordinários e extraordinários. O primeiro tem a função de reavaliar as condições de fato assim como a aplicação do direito e desta forma adentrar na análise de produção de provas.[13]

Em contrapartida, temos os recursos extraordinários que também podem ser chamados de recursos de estrito direito. Sem se adentrar à nomenclatura dada ao recurso interposto diretamente ao Supremo Tribunal Federal, esta tipificação inclui os recursos em que a discussão se limita apenas à correta aplicação do direito sem que haja a rediscussão dos fatos. Este é o caso do Recurso especial que segundo o professor Eduardo Arruda Alvim, a função precípua do recurso em tela “não é a pura e simples correção da má aplicação do direito ao caso concreto, corrigindo eventual injustiça. Mais do que isso, presta-se o recurso especial, tal como o extraordinário, a preservar a correta aplicação do direito, a bem, propriamente, do direito objetivo”[14]

Em consonância com este entendimento estão as súmulas de nº 5 e nº 7 do STJ que versam a respeito, respectivamente, da impossibilidade da rediscussão de cláusulas contratuais e a revisão de fatos e provas.

Por vezes no analisar do ordenamento jurídico brasileiro, pode-se pensar a impossibilidade de rediscussão de fato como uma limitação à atuação jurisdicional do STJ delimitando por consequência o alcance e efetividade da justiça.

No entanto, Teresa Arruda Alvim defende que a delimitação do texto constitucional ao posicionar o STJ, e por consequência o Recurso Especial como instrumento de estrito direito, decorre, segundo ela, da própria natureza que o

recurso apresenta tendo em vista a proteção à aplicação do direito federal. Este é o principal objetivo.[15]

#### **4. DAS FUNÇÕES DO RECURSO ESPECIAL**

Dado por base o posicionamento diferenciado que ocupa o Superior Tribunal de Justiça na estrutura do poder judiciário e por consequência seu cabimento, sendo o recurso especial observado como um recurso excepcional, possui funções típicas de revisão da aplicação do direito ao caso concreto.

Eduardo Arruda Alvim menciona duas funções clássicas e basilares para a compreensão do recurso. São elas: a função nomofilática e a função uniformizadora.[16]

A primeira, a nomofilática, guarda uma estrita relação com a aplicação do direito objetivo. Com o intuito precípua da busca pela justiça, tem-se o intuito de reanálise da decisão ora proferida e a verificação se fora cumprida a legislação própria para aquele caso.

Teresa Arruda Alvim explica esta função ao afirmar que existem dois vetores para a aplicação da solução da lide: o primeiro seria o interesse público e o segundo relacionado diretamente às partes processuais.[17]

Desta forma, afirma que o interesse inicial das partes é o de solucionar a lide, quer seja, o que obter a pretensão apresentada em juízo de modo que esta seja refletida pela aplicação do direito material no plano fático do indivíduo. Há um interesse inicial de que o resultado do direito se torne palpável e real para que haja a devida efetividade.

Em segundo plano estaria o interesse de aplicação do direito. Pois o dito decisório de acordo com o estabelecido na legislação e demais fontes do direito só terão sua relevância a partir do momento que isso chegar às partes de forma prática[18].

Citando Calamandrei, a autora explique que "o interesse primário das partes, em ver suas pretensões acolhidas, se converteria no veículo do interesse do Estado em controlar a aplicação do direito objetivo. Dois problemas centrais, todavia, surgem com o desenvolvimento do pensamento jurídico".[19]

Juntamente com a função nomofilática, é possível observar a função uniformizadora, que complementando a primeira. Não basta que haja a aplicação correta do direito objetivo ao caso concreto, é necessário que esta aplicação do

direito se mostre de forma uníssona em todo o território nacional demonstrando necessária estabilidade e segurança jurídica.[20]

Desta forma, a dita função se ocupa em garantir que haja homogeneidade no entendimento, assim como na aplicação do direito. Esta função retoma o alto posicionamento, e, por conseguinte, o próprio cabimento do recurso especial no que diz respeito à defesa do direito federal como um todo, atribuição esta reservada à corte de superposição.

Outro fator de extrema relevância é a transcendência do interesse das partes do caso concreto tendo em vista o interesse público envolvido no que tange a repercussão ocorrida em casos desta magnitude.

Existe um reflexo de grande pertinência existente como resultado das decisões judiciais proferidas pelos órgãos de superposição. Isto pois, não se limitando a cassar as decisões, há a necessidade de rejulgar os casos e aplicar o direito de forma efetiva. Portanto, pode-se observar a necessária ponderação exercida por tais recursos.

## **5. DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E SUAS NUANCES NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

O recurso extraordinário é o meio pelo qual se confere, a qualquer pessoa, legitimidade para demandar análise da questão de constitucionalidade nas hipóteses descritas no art. 102, III da CF/88. Sua finalidade é impedir que decisões judiciais contrariem a Constituição Federal, preservando decisões com interpretações uniformes em todo território jurídico brasileiro.

Recurso Extraordinário, remédio constitucional existente no art. 102 inciso III da CF/88, que visa impugnar acórdãos proferidos em única ou última instância, dos tribunais de revisão, seja os de Justiça Estadual, ou Justiça Federal, bem como de outros Tribunais Superiores das mais diferentes áreas, como o objetivo da pacificação da interpretação e para o devido cumprimento do texto constitucional[21] ou, ainda, "modalidade excepcional impugnativa de atos decisórios proferidos em única ou última instância a propósito de questões constitucionais".[22]

No sistema brasileiro, o recurso extraordinário, por excelência em nível difuso, tem o poder de analisar a questão da constitucionalidade e, a fortiori, o mérito da causa concreta, com função mista cassando e revisando a decisão, ou seja, resolve o mérito como papel do juiz de piso, diferentemente de outras culturas europeias, como a França, Portugal e Espanha.[23]

Contudo, o recurso extraordinário possibilita o STF, atuação de corte de revisão e cassação, ou seja, não só resolve a questão legal veiculada, como aplica o direito constitucional ao caso concreto apresentado, reformando ou cassando decisão inicial do tribunal a quo.

As hipóteses de cabimento estão definidas nas alíneas do inciso III, art. 102 da CF/88, o acordão a ser impugnado em sede de recurso extraordinário deve, portanto, tratar de alguma das matérias elencadas nas respectivas alíneas, preservando caráter extraordinário do recurso, do contrário, o recurso extraordinário não será cabível.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

II - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar[24] dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Desta forma, a fundamentação do recurso extraordinário é vinculada conforme disposição constitucional. A finalidade deste recurso é fazer manter dentro do sistema federal e da descentralização do poder judiciário, a autoridade e a unidade da constituição Federal.[25]

No sistema judicial brasileiro, são duas as possibilidades de controle de constitucionalidade, concentrado, que realiza o controle de constitucionalidade de forma abstrata e controle difuso, encarregado do controle de constitucionalidade de forma concreta na análise de cada caso apresentado. Em regra original, o controle de constitucionalidade difuso produz efeitos Inter partes e o controle concentrado efeitos erga omnes e vinculante.

Para a realização do presente estudo, a seguir abordaremos, não com objetivo de esgotamento, mas de forma sucinta, relato histórico do Recurso Extraordinário (controle difuso) no sistema Constitucional brasileiro.

O recurso para a Suprema Corte nasceu com a Constituição Federal de 1891[26], que especificava em duas alíneas do art. 59, § 1º, as hipóteses de cabimento do referido recurso para o Supremo[27], apresentava maior alcance, sem restrições materiais, possibilitando que o STF julga-se tanto questões constitucionais como federais.

Do mesmo modo, foi a partir da Constituição de 1891, que se consagrou na justiça brasileira, o controle difuso de constitucionalidade, a técnica de controle de constitucionalidade de lei ou ato com indiscutível caráter normativo, por qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência e organização judiciária. A nomenclatura[28] Extraordinário surgiu em 1894, com a lei nº 221/1894.[29]

Antes, a Constituição Imperial de 1824, consagrando o dogma da Soberania do Parlamento[30], não trazia qualquer sistema de controle constitucional, pois, sob a influência do direito francês (lei como expressão de vontade geral) e do inglês (supremacia do parlamento), somente o legislativo saberia dar o verdadeiro sentido da norma.[31]

Em 1926, a reforma constitucional, EC nº 3, deu novos contornos ao recurso extraordinário, remodelando e ampliando sua incidência no art. 59, II[32] e art. 60 § 1º[33] e suas alíneas da CF/1891. Antes da Constituição Federal de 1946[34], as hipóteses de recurso extraordinário não trazia a expressão "*contrária*", termo este de maior abrangência. A locução usada era "*vigência*", expressão mais restrita.

Após tal mudança, o referido recurso não apresenta alterações significativas até a CF/88.

Importante pontuar, o controle de constitucionalidade *concentrado* surgiu com a Constituição de 1946, através da EC n. 16 de 1965, nasce uma nova forma de controle, Ação Direta de Constitucionalidade - ADI, de competência originária do STF e legitimidade exclusiva do Procurador Geral da República[35]. A partir de então, o controle de Constitucionalidade começa a ganhar novos contornos, contudo, ainda com maior destaque o controle de constitucionalidade difuso.

A Constituição de 1988, elaborada pela assembleia constituinte, traz substancial mudança à competência do STF em sede de recurso Extraordinário, dicotomia de competência, com a criação do Superior Tribunal Federal – STJ, este, competindo tratar e julgar questões de cunho federal em sede de "Recurso Especial", elevando o STF, a Suprema Corte Constitucional de fato, ou seja, análise exclusiva de questões constitucionais.

Em 2004, com a EC n. 45, reforma do judiciário, o recurso extraordinário ganha novos e importantes contornos em sua redação, inseriu-se a alínea "d" ao



inciso III, art. 102, CF/88, ampliando as hipóteses de cabimento[36]. Antes, essa situação era abarcada pelo recurso especial – REsp perante o STJ.

Contudo, é a CF que define qual o âmbito das leis locais e federais, se o acordão der pela validade daquelas em detrimento destas, haverá questão constitucional subjacente, que abre oportunidade ao RE.[37] Outra substancial alteração foi à inserção do § 3º ao Art 102, III, nascendo o requisito de admissibilidade “Repercussão Geral”.

A EC também amplia o rol de legitimados a propor ações em controle de constitucionalidade concentrado, reforçando esse sistema, ponto inicial a tornar o controle de constitucionalidade difuso inócuo[38], pois convergiram os dois sistemas. O controle difuso, antes, de maior destaque, perde posição para o controle concentrado, com rol amplo de legitimados.

Conforme pontuou o ministro Gilmar Mendes em voto a Recl nº 4335 do Acre/2014, se ainda existir um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase deixou de habitar o sistema difuso, passando ao modelo concentrado.[39]

## **6. DA TENTATIVA DE DESAFOGAR OS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Com advento da Constituição Federal de 1988 inúmeros direitos e garantias fundamentais foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro que, passou a ser repleto de princípios e normas abertas. O “giro hermenêutico” trouxe maior valoração ao interprete do direito, razão do considerável grau de indeterminação e abstração das normas constitucionais, divergentes julgamentos passaram a compor a justiça brasileira, conseqüente, os Tribunais Superiores foram assoberbados de recursos, em destaque o STF.

Com um sistema judicial em crise, no ano de 2004 surge a EC nº45, trazendo em seu bojo diversos mecanismos no combate a grande demanda de recursos a Suprema Corte. A emenda constitucional insere no ordenamento jurídico os dispositivos da repercussão geral e súmula vinculante, possibilitando soluções em massa.

Assim como a figura da súmula vinculante, o filtro processual “repercussão geral” nasceu na busca de dar ao cenário judicial brasileiro, assolado pela “crise numérica”, novos contornos, na busca de se impedir a demanda de recursos a Suprema Corte. Sob influência do modelo americano, também criado para desafogar Supreme Court[40], o requisito intrínseco de admissibilidade do recurso extraordinário “repercussão geral” atualmente tem previsão retratada no art. 1.035 do CPC/2015[41].

Trazendo nova roupagem ao recurso extraordinário, a inserção do parágrafo 3º ao art. 102 da CF/88, aproximou o instituto da repercussão geral[42] ao controle de constitucionalidade abstrato, pois, acrescentou um requisito objetivo/abstrato a uma demanda incidental/subjetiva. Aproximação que, leva a doutrina questionar se ainda persiste controle híbrido no ordenamento jurídico brasileiro. O controle, embora difuso, quando feito pelo STF (pleno) tem força para vincar os demais órgãos do Poder Judiciário, assemelhando-se, nesta eficácia, ao controle concentrado de constitucionalidade.[43]

A exigência do requisito admissibilidade, não só modificou o expediente do recurso extraordinário, mas todo modelo de controle de constitucionalidade, o que de modo original: controle concentrado / abstrato, produz efeitos erga omnes e vinculante; controle difuso / incidental / concreto, efeitos inter partes, passa a se fundirem devido ao alargamento do conceito de recurso extraordinário. “Estando a Constituição no ponto culminante de hierarquia das fontes do Direito, parece inegável que a legislação infraconstitucional deverá se amoldar aos seus postulados.”[44]

A nova estrutura do instituto relaciona os dois institutos de controle de constitucionalidade (concreto e abstrato) na medida em que passa a exigir um requisito objetivo[45] (relevância e transcendência) a uma questão incidente.

Para corrigir eventuais deslizes históricos sobre atuação do Superior Tribunal Federal, a Emenda Constitucional 45/2004 redefiniu o conceito do recurso extraordinário ao admitir um filtro denominado de repercussão geral, o qual foi inserido no artigo 102, § 3º, da Constituição Federal, o que fez que a interposição deste meio de impugnação de uma decisão judicial transcendesse a subjetividade do recorrente e, com isto, trouxesse novos contornos ao controle difuso de constitucionalidade.[46]

A mudança exige que, além do preenchimento dos requisitos previstos no art. 102, III da CF/88, que se demonstrem questões de direito transcendentais a subjetividade das partes, seja de impacto econômico, social, jurídico ou político.

Instituto semelhante, “arguição de relevância”, vigorou na justiça brasileira até a constituição de 1988. Alguns doutrinadores comparam os dois institutos, outros os diferenciam, em análise nota-se que os institutos possuem mais diferenças do que semelhanças. Neves[47] os institutos não podem ser confundidos, a arguição de relevância era voltada ao *conhecimento do recurso* com

visão *inclusiva*, do contrário, a repercussão geral visa o *não conhecimento de recurso*.

Lemos[48], pontua, os critérios nos dois institutos são diferentes, na análise de relevância, se buscava arguir uma relevância para que questão *não* constitucional pudesse ser analisada em sede de recurso excepcional no STF, do contrário, a repercussão geral é requisito obrigatório, deve constar de todos os recursos extraordinários, fato inexistente na arguição de relevância, e, ainda, necessidade de ser em questão constitucional e não federal.

No direito comparado, também existem filtros processuais com mesmo objetivo, desafogar a Suprema Corte. Lemos (2018) apud Wambier; Dantas (2016) nos EUA, o Writ of Certiorari[49] possibilita que a Suprema Corte exerça juízo subjetivo, escolhendo o momento mais adequado para se manifestar sobre determinada questão jurídica. Na Alemanha, o filtro é chamado de recurso de revisão, facultando a Suprema Corte a análise de questões jurídicas de complexas interpretações do texto legal.

Na Argentina, o filtro processual de recurso a Suprema Corte, também denominado de recurso extraordinário, contém requisitos semelhantes ao filtro da repercussão geral brasileiro, substancialidade e transcendência são os requisitos de admissibilidade exigíveis para que a corte Argentina julgue o recurso.

A repercussão geral, súmula vinculante e, recentemente introduzido com CPC/2015, incidente de resolução de demandas repetitivas - RDR são institutos inseridos a justiça brasileira, objetivo único de reduzir demandas.

Para alguns doutrinadores são institutos necessários a dar a justiça brasileira segurança jurídica / uniformidade de decisões. Câmara (2007) apud Lemos (2018), o requisito é elogiável, pois permite que o STF, só se debruce sobre causas realmente relevantes para a Nação, não tem sentido a Suprema Corte perder tempo julgando verdadeiras brigas de vizinhos, como antes da EC nº 45/2004.[50]

Em oposição, doutrinadores pontuam os riscos que os filtros processuais geram a jurisdição. "Tudo tem objetivo de baixar pilhas de processos de juízes, ninguém pensou no jurisdicionado. Se eu acabo com o processo, faço uma estatística para a população mostrando que o judiciário está uma maravilha, mas ninguém consegue entrar com uma ação".[51]

"Forçoso é reconhecer que, paradoxalmente, haverá também questões de índole constitucional "menos importantes" para os fins do recurso extraordinário, porque despidos de repercussão geral".[52]

Conforme pontuou Nelson Nery Junior em entrevista dada ao site Conjur no ano de 2013, a crise da justiça não pode somente ser pensada com base nos excessos de processos perante os Tribunais Superiores. “Uma das soluções para impedir as “grandes pilhas” de processo é o poder público cumprir a constituição, pois é o que mais demanda ao judiciário, ele não cumpre a Constituição e nem as leis”.

Nessa mesma toada, há na doutrina quem argumente não serem somente esses filtros explícitos existentes no sistema processual brasileiro, são os denominados “filtros ocultos”, que só fazem por sobrecarregar a Suprema Corte, são filtros processuais que impedem o andamento dos recursos extraordinários, por questões diferentes da repercussão geral, paralisando e saturando os processos por todo território federal brasileiro.[53]

Contudo, a crise deve ser pensada de maneira essencial, que também ofereça uma justiça constitucional justa e substancial, respeitando princípios constitucionais básicos como, o devido processo legal e o acesso à justiça, bem como não se distanciar do verdadeiro sistema jurídico brasileiro “Civil Law”.

## **7. DAS ESPECIES DE REPERCUSSÃO GERAL**

Inicialmente, em regra, no novo código de processo civil, o tribunal a quo não teria a incumbência ou competência para realizar o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. Procedimento alterado pela Lei 13.256/2016, que fixou o primeiro juízo de admissibilidade ao presidente ou vice-presidente, nos tribunais de origem.

Embora a doutrina discipline que, a repercussão geral significa a junção de *relevância e transcendência*, aquela, quando a causa apresentar questão política, jurídica, social ou econômica, esta, quando a causa ultrapassar os interesses das partes, ou ainda, dividindo a transcendência em quantitativa (número de pessoas alcançáveis) e qualitativa (importância jurídica da análise do direito requerido).

E o próprio CPC/2015[54] tente expor o que vem a ser a repercussão geral, este termo acaba por conter certa subjetividade. Há, certamente, uma grande dose de subjetividade na análise da repercussão geral pelo STF, pois pode, a cada julgamento, atribuir novas visualizações de existência dos requisitos.[55]

A repercussão geral será subjetiva quando, a cargo do convencimento do próprio STF se julga existente o requisito. Com conceituação vaga, o STF tem o poder de decidir caso a caso. Contudo, existem outras duas hipóteses de repercussão geral.

A repercussão geral objetiva, presumida ou absoluta, é regulamentada no art. 1.035, § 3º, CPC/2015.[56]

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

Bem como a hipótese disciplinada no art. 987 do CPC/2015.[57]

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

Nos dois casos, de repercussão geral "presumida", recorrente não precisará demonstrar que a questão (direito requerido) ultrapassa os interesses subjetivos das partes. Assim, já firmou a Suprema Corte, " a repercussão geral 'presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou "a jurisprudência".[58]

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, pode-se concluir que ambos os tribunais merecem destaque diante de sua estrutura e função para qual foram criados pelo ordenamento jurídico brasileiro. A possibilidade recursal, pressupõe o amplo acesso à justiça e garante que o direito objetivo seja aplicado de forma efetiva e uniforme diante da possibilidade de reavaliar as decisões ora proferidas.

Tendo suas criações e desenvolvimentos iniciais como reflexos do direito norte americano, o STF e por consequência o STJ obtiveram o mais alto posicionamento dentro do organograma do poder judiciário, persistindo no ideal de defesa do direito nacional como um todo no que tange o cabimento do direito federal, bem como, da constituição.

A substituição da decisão ora recorrida e a possibilidade de rejulgar a causa, permitem observar a atuação diante do Recurso Extraordinário e do Recurso

Especial sob a ótica da concessão do direito entre as partes, sanando a lide existente e apresentado o resultado diante de um plano prático existente.

Ademais, é possível observar a atuação reflexiva diante da coletividade tendo em vista a amplitude do alcance dos julgamentos das cortes em tela. A repercussão da aplicação do direito traz como necessárias a aplicação da uniformização, tendente a dissipar entendimentos e ações do poder judiciário.

Desta forma, o presente trabalho buscou demonstrar o quadro em que se encontram os mais altos recursos passíveis de serem interpostos perante o ordenamento jurídico brasileiro, suas peculiaridades, funções e a forma em que se encontram posicionados diante da legislação hodierna.

Sem que se tenha esgotado a proposta da pesquisa, é de extrema relevância a aplicação do direito diante dos tribunais federais. Faz-se imprescindível a defesa do direito federal e constitucional de modo que se possa conferir a correta aplicação do direito ao caso concreto.

## REFERÊNCIAS

ALVIM. Eduardo Arruda. **Principais aspectos do recurso especial**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Cassio Scarpinella Bueno e Olavo de Oliveira Neto (coords.) Tomo: Processo Civil. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/197/edicao-1/principais-aspectos-do-recurso-especial>.

BRASIL, STF.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 04 de dezembro de 2019.

BRASIL. Constituição (1969). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm) a cesso em: 26 de novembro de 2019.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes; DELLAQUA, Leonardo Goldner. **Repercussão Geral: superação de filtros ocultos e vinculação de teses em abstrato**. Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro. Ano 27, n. 106 abril/junho, Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.



LEMOS, Vinicius Silva. **Recurso e Processos nos Tribunais**. 3ª ed, Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 14ª edição. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 4ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Processo Constitucional**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2019.

Nasce o Recurso Especial. **STJ**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/Nasce-o-Recurso-Especial> Acesso em: 27 de novembro de 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3 ed. ver. E atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão**. 3 ed. reformulada da obra Jurisdição constitucional e hermenêutica. São Paulo: Ed. RT, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Questão de fato, conceito vago e discricionariedade**. Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário. Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr. (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NOTAS:

[1] Mestranda do Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho. Bacharela em Direito pela UNESC – Rondônia, gerida pela Associação Educacional de Cacoal. Advogada. E-mail: michelli.rosa02@gmail.com.

[2] GONÇALVES, 2019, p. 990

[3] BRASIL. Constituição (1969). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm) Acesso em: 26 de novembro de 2019.

[4] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. P. 44 e 45

[5] O “recurso por erro” tem como intuito provocar a reapreciação de atos dos tribunais de um dos estados da União através da interposição de recurso junto à suprema corte a fim de que esta decisão seja reavaliada a despeito da aplicação do direito e, portanto, ratificada, reformada ou anulada. Desta forma. No modelo americano, o cabimento se dá quando a decisão proferida questionar sobre a validade de um tratado, lei nacional, ou de ato de autoridade da União, quando se questionar sobre a validade de uma lei ou de um ato de autoridade estadual sob fundamento de serem contrários à Constituição, a tratado ou a leis federais; quando se reclamar algum título, direito ou privilégio ou imunidade com fundamento na constituição, tratado, lei nacional ou ato de autoridade da União e a decisão for contra o título, direito ou privilégio, imunidade diante da Constituição, tratado, lei ou ato conforme legislação estadunidense de 1975.

[6] ALVIM. Eduardo Arruda. Principais aspectos do recurso especial. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Cassio Scarpinella Bueno e Olavo de Oliveira Neto (coords.) Tomo: Processo Civil. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/197/edicao-1/principais-aspectos-do-recurso-especial>

[7] Idem, p. 8

[8] Idem, p. 8

[9] Em consonância com o afirmado estão o artigo 1034 do CPC de 2015 e a súmula 456 do STF.

[10] Nasce o Recurso Especial. STJ. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/Nasce-o-Recurso-Especial> Acesso em: 27 de novembro de 2019

[11] Idem em citação do Ministro Pádua em obra de 1989.

[12] ALVIM. Eduardo Arruda. Principais aspectos do recurso especial. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Cassio Scarpinella Bueno e Olavo de Oliveira Neto (coords.) Tomo: Processo Civil. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,

2017, p.4. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/197/edicao-1/principais-aspectos-do-recurso-especial>

[13] Idem.

[14] Idem.

[15] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questão de fato, conceito vago e discricionariedade. Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e extraordinário, p.448.

[16] ALVIM. Eduardo Arruda. Principais aspectos do recurso especial. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Cassio Scarpinella Bueno e Olavo de Oliveira Neto (coords.) Tomo: Processo Civil. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 8 Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/197/edicao-1/principais-aspectos-do-recurso-especial>

[17] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro, p. 309.

[18] ALVIM. Eduardo Arruda. Principais aspectos do recurso especial. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Cassio Scarpinella Bueno e Olavo de Oliveira Neto (coords.) Tomo: Processo Civil. 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/197/edicao-1/principais-aspectos-do-recurso-especial>

[19] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores no direito brasileiro, p. 309.

[20] ALVIM. Eduardo Arruda *op cit.*

[21] LEMOS, 2018, p. 549

[22] SILVA, 2005, p. 260

[23] STRECK, 2013, p. 585

[24] A CF anterior não se valia dessa expressão, mas de outra mais restrita “negar vigência”. (GONÇALVES, 2019, p. 1001).

[25] THEODORO JR, 2013

[26] Importante, observar, que, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1891, o art. 58, § 1º, “a” e “b”, da Constituição provisória de 1890 ( Dec. N. 510, de

1890) e o Dec. N. 848, de 1890, já estabeleciam regras de controle difuso inspiradas no judicial review do direito norte-americano. Posterior, a Lei federal n.221 de 1894, abordou, com clareza, o modelo, nos termos do art. 13, § 10. (LENZA, 2013, p. 265).

~~[27] Art 59—Ao Supremo Tribunal Federal compete:~~

~~§ 1º—Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:~~

~~a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;~~

~~b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. (BRASIL, STF)~~

[28] Art. 24. O Supremo Tribunal Federal julgará os recursos extraordinários das sentenças dos tribunais dos Estados ou do Distrito Federal nos casos expressos nos arts. 59 § 1º e 61 da Constituição e no art. 9º parágrafo unico, letra (c) do decreto nº 848 de 1890, pelo modo estabelecido nos arts. 99 a 102 do seu regimento interno, mas em todo caso a sentença do tribunal, quer confirme, quer reforme a decisão recorrida, será restricta á questão federal controvertida no recurso sem estender-se a qualquer outra, por ventura, compreendida no julgado. (BRASIL, 1894)

[29] LEMOS, 2018, p. 550

[30] Para Clèmerson Merlin Clève, o papel constitucional atribuído ao Poder Moderador, chave de toda organização política, nos termos da Constituição, inviabilizou o exercício da função de fiscalização constitucional pelo judiciário, pois, nos termos da CF de 1824, ao imperador cabia os conflitos envolvendo os Poderes, e não ao Judiciário. O imperador, detentor do Poder Moderador, é que exercia a função de coordenação, logo, cabia a ele manter a independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes. (LENZA, 2013, p. 264) apud (CLÈVE, p. 63-64).

[31] LENZA, 2013, p. 264

[32] Art.59 - Á Justiça Federal compete

- Ao Supremo Tribunal Federal:

II - julgar em gráo de recurso as questões excedentes da alçada legal resolvidas pelos juizes e tribunaes federaes;

[33] § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

a) quando se questionar sobre a vigencia ou a validade das leis federaes em face da Constituição e a decisão do Tribunal do Estado lhes negar applicação; (BRASIL, STF)

[34] III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

a) quando a decisão for *contrária* a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; (BRASIL, STF)

[35] LENZA, 2013, p. 266.

[36]“Essa foi a última hipótese de cabimento do recurso extraordinário a ser criada, delegada, desse modo pela emenda constitucional 45/2004, transferindo ao STF, a competência para o julgamento desse conflito da norma local em face da lei federal, um verdadeiro conflito de normas.” ( LEMOS,2013, p. 557)

[37] GONÇALVES, 2019, p. 1.002

[38] A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo 34 Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. (BRASIL, STF)

[39] BRASIL, STF

[40] “Sua finalidade seria restringir ou filtrar o excesso de demanda, para permitir que apenas a matéria relevante seja analisada pela Suprema Corte e, ao mesmo tempo, possibilite a uniformização de entendimento.” CHAVES, Charley Teixeira. REPERCUSSÃO GERAL: A OBJETIVIZAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Disponível

em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35736/repercussao\\_recurso\\_extra\\_ordinario\\_chaves.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35736/repercussao_recurso_extra_ordinario_chaves.pdf)

[41] A repercussão geral também está disciplinada no regimento interno do STF, capítulo V, art. 323 e ss. (BRASIL, STF)

[42] Regulamentado pela lei nº 11.418/2006, que também acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao CPC/2015.

[43] DIDIER JR, 2007, p. 99

[44] MARINONI, SARLET, 2019, p. 832

[45] Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

[46] MARINONI, SARLET, 2019, p. 833-834

[47] 2018, p. 1.827

[48] 2018

[49] Medina (2017, p. 62) e Mendes; Meirelles (2013, p. 719) comparam a repercussão geral com o Writ of Error.

[50] CÂMARA, 2007, p. 141 apud LEMOS, 2018, p. 561

[51] NERY, 2013

[52] Tucci apud Lemos (2018, p. 564)

[53] DIAS; DELLAQUA, 2019, p. 289

[54] Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.



§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

[55] MEDINA; WAMBIER, 2007, p. 242

[56] LEMOS, 2018, p. 569

[57] DIAS; DELLAQUA, 2019, p. 292

[58] STF, AgRg no RE645.057/SC, 2012

## **COMPOSIÇÃO DA MESA DIRETORA E OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

**DIEGO DA SILVA RAMOS:**

Advogado e Procurador Jurídico-Legislativo, especialista em Direito Público

**Resumo:** Trata-se de uma singela contribuição ao estudo do Direito Municipal, demonstrando, em breves linhas, as nuances da questão que trata da correta interpretação do princípio da proporcionalidade na composição da Mesa Diretora dos Poderes Legislativos.

**Palavras-chave:** Câmara Municipal – Mesa Diretora – interpretação – proporcionalidade – nulidade.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Problemática do assunto; 3. Conclusão.

### **1 – introdução**

A nossa Carta Magna, em seu artigo 58, parágrafo 1º, inseriu, expressamente, regra que prevê a observância da proporcionalidade partidária na composição da Mesa Diretora do Congresso Nacional e suas casas.

A mesma disciplina é aplicável, por derivação e simetria, aos órgãos dos Poderes Legislativos das demais esferas, nos termos dos artigos 25 e 29 da Constituição da República.

A temática que se propõe tratar no presente artigo se refere à correta interpretação e alcance deste preceito, já que de um lado observamos àqueles que tratam a proporcionalidade como princípio inafastável e intangível na composição das Mesas Diretoras, em nítida contraposição àqueles que defendem que a proporcionalidade partidária prevista na Constituição trata-se de mero objetivo a ser buscado, sem, contudo, implicar em valor absoluto ou em direito matematicamente assegurado.

### **2 – Problemática do assunto**

De um modo geral, a Mesa é o órgão diretivo de qualquer Casa Legislativa, e, nos termos de nossa constituição, deve assegurar, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos políticos ou blocos parlamentares que dela fazem parte.

Conforme destacamos, parcela de nossa doutrina[i] e de nossa jurisprudência[iii] acredita que o uso da expressão "*tanto quanto possível*"[iii] busca superar meros desajustes matemáticos ou obstáculos fracionários, tratando-se de princípio inafastável e insuperável.

É nesta esteira de raciocínio, por exemplo, que se manifesta o mestre Mayr Godoy, dizendo que "*sem a participação efetiva possível de todos os partidos ou blocos há inconstitucionalidade na composição da Mesa. A Mesa é a importante Comissão Diretora que, por sua complexa característica e por sua destacada competência, também se aplica o princípio constitucional da participação proporcional dos partidos ou dos blocos*".[iv]

Ainda nesse sentido, complementando, o mestre Celso Ribeiro Bastos explica que a Mesa Diretora deve representar a mesma segmentação existente no seio da Casa de Leis. Para ele, desrespeitar o princípio da proporcionalidade é o mesmo que ignorar a natureza partidária que compõe o nosso regime representativo.[v]

Em suma, nota-se, que os respeitáveis posicionamentos colacionados consideram a proporcionalidade como preceito cogente, cuja dissidência sujeita as composições camarísticas à nulidade, meramente por se tratar de ato vinculado. Nesta dogmática, pressupõe-se ainda que o controle proporcional das composições se encontre sujeito ao crivo jurisdicional.

Em contrapartida, alguns julgados[vi] vêm destacando que a disputa dos cargos da Mesa Diretora, feita segundo a correta interpretação do Regimento Interno e em estrito respeito aos seus preceitos, não dá aos perdedores o direito de pleitearem à modificação do resultado na esfera jurisdicional.

Essa construção jurisprudencial esta alicerçada na premissa de que "*a proporcionalidade deve ser buscada, mas não implica em valor absoluto nem em direito matematicamente assegurado*".[vii]

Outrossim, justifica-se ainda esse entendimento dizendo que o simples fato da Mesa Diretora desrespeitar a correta proporcionalidade dos membros da Casa não confere ao Poder Judiciário o direito de assumir o papel de instância revisora dos atos internos do Poder Legislativo e interferir no seu funcionamento.

Desta forma, podemos observar que no raciocínio desta mais abalizada jurisprudência a proporcionalidade é princípio que deve ser apenas buscado nas composições das Mesas Diretoras, não se tratando, em absoluto, de regra cogente.

Ainda segundo esta construção, trata-se de verdadeira afronta à Separação dos Poderes qualquer decisão judicial que tente conferir a este preceito ares de absolutez, sem respeitar as regras regimentais do órgão Legislativo.

Ou seja, se a composição da Mesa Diretora for escolhida em estrita observância às normas regimentais, não cabe ao judiciário anular a escolha, simplesmente por que não se alcançou composição que represente proporcionalmente todos os membros da casa.

Por último, apenas complementando a problemática proposta, urge salientar também que mesmo quando presente alguma lesão a direito individual de Vereador ou de algum Partido Político com representação na Casa de Leis, fenece ao Ministério Público qualquer espécie de legitimidade para impugnar a composição da Mesa Diretora, isso porque esta possibilidade compete apenas aos primeiros[viii].

### **3 – Conclusão**

A despeito dos respeitáveis argumentos que lastreiam a corrente que pugna pela estrita observância da proporcionalidade, observamos que a mais recente jurisprudência acredita que referido preceito constitucional deve ser visto como mero paradigma a ser buscado na composição das Mesas Diretoras dos Órgãos Legislativos em geral.

Acertadamente, esta segunda corrente entende que quando a composição da Mesa Diretora for escolhida em estrita observância às normas regimentais, não cabe ao judiciário anular a escolha, sob pena de configurar-se verdadeira afronta à Separação dos Poderes.

#### **Notas:**

[i] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, 14<sup>a</sup> ed., 2006, p. 663.

[ii] “A proporcionalidade, expressamente prevista no inciso IV do art. 29 da Constituição Federal tem cunho matemático, aritmético” (TJ/PR – 1<sup>a</sup> Câ. Cível – Ac. 25914 – P. 0155733-1 – Ap. Cível – Rel. Roseane Arão de Cristo Pereira – j. 25.08.2005); No mesmo sentido: “A expressão *tanto quanto possível* somente pode referir-se à possibilidade matemática, não a questões outras, ligadas a interesses políticos ou a conjugação das vontades dos vereadores”. (TJ/SP – Ac. 212632-1 - Ap. Cível – j. 17.8.1994 – JTJ 165/20).

**[iii]** “CRFB, Art. 58 [...], §1º - Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa”.

**[iv]** GODOY, Mayr. A Câmara Municipal e seu Regimento Interno, LEUD, 4ª ed., 1995, p. 77/78.

**[v]** BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil, 4.º vol., tomo I, Saraiva, 1995, p. 260/261.

**[vi]** TJ/SP – 7ª Câ. D. Público – Ac. 267126 5/1-00 – Ap. Cível – Rel. Des. Constança Gonzaga.

**[vii]** TJ/SP – 10ª Câ. D. Público – Ac. 431798 5/7-00 – Ap. Cível – Rel. Des. Torres de Carvalho.

**[viii]** TJ/SC – Ac. 001159-5 – Ap. Cível – Rel. Des. Newton Janke – j. 29.03.2005.

## O DIREITO CONSTITUCIONAL À DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO: A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO ESTATUTÁRIA

VICTOR HUGO CERQUEIRA SILVA VILAS BOAS

Monografia apresentada à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, no Curso de Graduação em Direito no Centro Universitário Ruy Barbosa, Campus Rio Vermelho, como requisito parcial para obtenção de aprovação na referida disciplina sob a orientação do Prof. Dr. RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

*"Seja qual for o seu problema, fale com Deus, Ele vai ajudar você. **Após a dor vem a alegria**, pois Deus é amor e não te deixará sofrer."* (Padre Marcelo Rossi)

**RESUMO:** O presente trabalho tem como escopo a análise do direito a diversidade de gênero a partir dos princípios e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988. Na desmedida busca de seus próprios interesses, executivo, legislativo e judiciário ocultam as demandas referidas ao tema, infringindo normas principiológicas fundamentais que regem a vida humana. Deste modo, a autoridade atribuída e exercida por tais representantes do Poder Estatal, impõe sua verdade, gera rotulações, estereótipos e julgamentos, tornando os que não se adequam ao padrão cis-normativo invisíveis e desamparados de legislação. A metodologia utilizada foi a descritiva, exploratória e o método dedutivo, amparado na revisão de literatura que consistiu no uso de pesquisas bibliográficas e documentais sobre a temática proposta, com o intuito de apresentar uma visão crítica acerca do tema. A pesquisa possibilitou uma avaliação da autoridade e influência que os três poderes governamentais detém sobre a sociedade e a forma com que interferem na sociedade, e também a necessidade de um estatuto para regular direitos e deveres.

**PALAVRAS-CHAVE:** Diversidade de gênero. Constitucional. Direito. Princípios. Garantias.



**ABSTRACT:** The present work has as scope to analyze of data on the fundamental rights of the Federal Constitution of 1988. In the limitless pursuit of its own interests, executive, legislature and judiciary hide the demands on the subject, violating the fundamental norms that govern human life. In this way, the authority assigned and exercised by such representatives of State Power, imposes its truth, generates labels, stereotypes and judgments, making those that do not adhere to the invisible cis-normative standard and abandoned legislation. The methodology used was descriptive, exploratory and the deductive method, supported by the literature review to which consisted of the use of research references and documents about the proposed theme, with the aim of presenting a critical view on the subject. The survey enabled the evaluation of authority and influence which the three governmental powers hold over society and how they interfere in society, and also the need for a Statute to regulate rights and duties.

**Key-Words:** Gender diversity. Constitutional. Right. Principles. Guarantees.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 RESPALDO CONSTITUCIONAL. 1.1 DESCONSTRUINDO O CONCEITO DE SEXO E RECONSTRUINDO O CONCEITO DE GÊNERO. 2 DIVERSIDADE SEXUAL. 2.1 A DIVERSIDADE SEXUAL COMO AMEAÇA À ORGANIZAÇÃO HETERONORMATIVA. 3 DIVERSIDADE DE GÊNERO. 4 A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO ESTATUTÁRIA. 4.1 A POSSIBILIDADE DE IMPACTOS NA QUALIDADE DE VIDA DO LGBT COM A REGULAÇÃO ESTATUTÁRIA. 5 A INFLUÊNCIA DOS TRÊS PODERES DA UNIÃO NA FORMAÇÃO DE VALORES DE UMA SOCIEDADE. 5.1 O DIREITO COMO REGULADOR DAS RELAÇÕES SOCIAIS. 5.2 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS. 6 A TEORIA REALISTA E OS DIREITOS HUMANOS: IMPACTOS DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS NO DIREITO INTERNO. 6.1 A EVOLUÇÃO RUMO AOS DIREITOS HUMANOS. 7 A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E A NECESSIDADE DE UM ESTADO SENSÍVEL AS DEMANDAS DE GÊNERO. 7.1 A INÉRCIA DO CONGRESSO NACIONAL. 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Esta monografia aborda sobre possíveis impactos que seriam causados com a aprovação do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero – uma lei por iniciativa popular formalmente entregue pelo Conselho Federal da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), elaborado por mais de 60 Comissões da diversidade sexual e de gênero das seccionais e subseções da OAB, além de ter ouvido movimentos sociais que encaminharam propostas e sugestões.

A pesquisa deu-se de forma quantitativa, reunindo dados afim de generalizar resultados de uma população e compreendendo fenômenos sociais através da coleta de dados numéricos, apontando desta forma preferências e comportamentos dos indivíduos.

O objetivo geral é demonstrar a possibilidade de regulamento e conjunto de regras de organização e funcionamento de uma coletividade, que garanta a igualdade de gênero no Brasil, ressaltando a importância da aprovação do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, apresentado pelo Conselho Federal da OAB, presidido por Maria Berenice Dias, jurista e advogada, ex – magistrada brasileira, com foco em garantir o direito de viver, amar e ser feliz, independente de qual seja sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Na primeira parte, é trazido o respaldo constitucional e a importância da população LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Travestis), que não seja limitada pelo conceito arcaico de sexo biológico e o Estado reconheça a amplitude do conceito de gênero.

Na segunda parte, um breve resumo do que é diversidade sexual e conceito de algumas vertentes como a homossexualidade, bissexualidade. No mesmo sentido, trazendo a concepção da diversidade de gênero, diferenciando o transgênero e o cisgênero.

A terceira parte irá discorrer sobre a necessidade de regulação estatutária, com direitos e deveres elencados no Estatuto em trâmite no Senado Federal e a evolução dos direitos humanos em defesa do direito social.

A reflexão acerca da temática aqui proposta transcende à discussão teórica contida nos centros acadêmicos jurídicos. É preciso lidar com a dura realidade do LGBT e defender medidas efetivas de combate a intolerância sexual e de gênero. Reconhecendo o fato que uma pessoa pode ter um papel de gênero ou comportamento atribuído, que não represente sua identidade em razão da pressão social e desamparo legal para sua proteção, independência e autonomia. Sendo o recôndito dos princípios e garantias constitucionais a diversidade de gênero e ausência de legislação protetiva e anti-discriminatória principal causa da invisibilidade dos indivíduos que não se veem no sexo que lhe foi atribuído no nascimento

A Constituição Federal de 1988 compenetrada na vida digna deposita sobre seus jurisdicionados uma gama de princípios, direitos e garantias fundamentais, os quais os direcionam enquanto titulares de um pacto social e, a própria atividade dividida nos três poderes do Estado, para que desta forma se alcance a produção de normas, acesso à justiça, exercício administrativo e cumprimento do que está elencado na norma regente como direito fundamental obrigatório e organizacional, ou seja, elaborado para nossa organização com direitos e deveres.

Outrossim, o que se pretende neste trabalho é a apresentação de uma visão crítica considerando a problemática, apontando o princípio da igualdade como referência para efetivo cumprimento de uma norma que regulamenta a liberdade em discussão, promovendo reflexões sobre a conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana, da definição de sexo para o ordenamento jurídico, da relação entre direito à diversidade de gênero e sua expansão através da necessidade de criação de um Estatuto que regule direitos e deveres do LGBT.

## **1 RESPALDO CONSTITUCIONAL**

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 05 de Outubro de 1998, destinando-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a igualdade e a justiça como valores supremos, sem preconceitos e fundamentada na harmonia social, ordem interna e internacional. No Título I e II da CF/88 estão dispostos os princípios e garantias fundamentais, onde dentre eles está o de assegurar o bem de todos sem preconceitos inclusive vedando a discriminação de sexo ou raça. E direitos como de igualdade sendo homens e mulheres iguais em direitos e obrigações.

A importância do estudo da transexualidade e de seus reflexos, especialmente jurídicos, não se justifica apenas em razão da transexualidade em si, mas da defesa da autonomia, para que o indivíduo seja respeitado e não seja discriminado pela forma como identifica-se e o sexo que considera-se pertencer. Reconhecendo o fato de que uma pessoa pode ter um papel de gênero ou comportamento atribuído, que não represente sua identidade em razão da pressão social e desamparo legal para sua proteção, independência e autonomia.

Sendo o recôndito dos princípios e garantias constitucionais a diversidade de gênero, a ausência de legislação protetiva e anti-discriminatória principal causa da invisibilidade dos indivíduos que não se vêem no sexo que lhe foi atribuído de nascimento. Para Moraes (2006), a igualdade constitucional deve cumprir a finalidade de limitar a três destinatários: o legislador, no sentido de impedi-lo de criar normas que estabeleçam diferenciações abusivas e/ou arbitrárias, sem

finalidade lícita; o intérprete/ autoridade pública, que não poderá aplicar as leis e atos normativos de maneira a expandir desigualdades arbitrariamente; e o particular, que fica impedido de atuar de forma discriminatória, preconceituosa ou racista, sob pena de ser responsabilizado civil e criminalmente, nos termos estipulados na legislação em vigor.

No transcurso do tempo, decisões favoráveis com a temática LGBT mais especificamente a transexualidade, se fundamentou na determinação biológica do sexo, na imutabilidade e na veracidade de elementos essenciais que devem constar no registro civil. Nesta linha que se ampara, a afirmação estética com a necessidade de cirurgia de redesignação (VENTURA, 2010).

O Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu, todavia, a possibilidade de mudança de prenome e gênero no assento de registro civil mesmo obstante a realização de procedimento cirúrgico de redesignação, não sendo portanto necessário ou requisito. O entendimento foi firmado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275, que ocorreu no dia 01 de Março de 2018. No que tange ao Direito Constitucional, a decisão simbolizou a efetivação material do princípio da igualdade, no sentido da não discriminação e do não preconceito, o direito à honra, à imagem, à vida privada, à liberdade, dignidade e no direito de ser diferente.

Partindo desse pressuposto de influência fica evidente a tendência da população em seguir entendimentos da suprema corte. E como a mais alta instância do poder judiciário brasileiro reflete em decisões da mais baixa, como juízes e tribunais. Ou seja, a vinculação e aplicabilidade do direito não está limitada ao processo judicial, mas transcende em seus reflexos na sociedade e na formação de conceitos e preconceitos.

O Direito Constitucional na sua amplitude traz remédios constitucionais que inicialmente serviria para o cumprimento do direito à diversidade sexual e de gênero, sendo um deles o Mandado de Injunção disposto no art. 5, inc. LXXI da Constituição Federal de 88. Veja-se:

*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:*

*LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas*

*inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*  
(ANGUER, 2012, p. 2054).

Ora, o direito à diversidade sexual e de gênero enquadra-se também no direito à cidadania vez que, é a expressão máxima do direito, pois este existe para os cidadãos. Estes atributos, de toda forma, são direitos civis, direitos políticos e direitos sociais. Sendo cabível ainda o Mandado de Injunção se a omissão normativa combatida for total ou parcial, sendo a última cabível quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

No mesmo sentido, ainda sendo cabível na busca de garantia do direito à diversidade sexual e de gênero a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão, Entretanto esta precisa de impulso do Procurador Geral da República por exemplo, sendo o fundamento da impugnação em sede do recurso citado, de acordo com o art. 103, § 2º da CF/88, o comportamento omissivo por parte do Poder Público.

É Importante salientar que o respaldo constitucional permite abarcar a diversidade sexual e de gênero como direito fundamental, estando no rol taxativo de não-discriminação em razão do sexo, faz-se necessário dada evolução atualizar o conceito de sexo, desmitificando o atrelamento de sexo a órgão genital, de forma que todos e todas que enquadrados na diversidade sexual e de gênero estejam protegidos com direitos e deveres pelo aparato estatal através de um Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, com fulcro na Constituição Federal do Brasil de 1988.

Acompanhar o desenvolvimento da nossa população significa reconhecer que já foram usados os remédios constitucionais cabíveis na busca da efetivação do direito a diversidade sexual e de gênero. E agora se faz necessário firmar este reconhecimento não apenas em precedentes da nossa Corte ou decisões do nosso jurisdicionado, mas também do nosso legislativo e executivo através de um Estatuto que traz direitos e deveres a comunidade LGBT, afim de garantir o princípio norteador da nossa Constituição Federal, o princípio da dignidade humana, condicionando qualidade de vida a uma comunidade às margens da sociedade desamparada pela legislação do nosso país, vez que a visão genérica do embasamento constitucional se faz útil para sustentação de um direito eficiente e que acoberte a realidade social.

Assegurar as pessoas os mesmos direitos e prerrogativas é o conceito do princípio da isonomia. A função social do direito deve promover a justiça e a inclusão social de qualquer indivíduo, preponderando a dignidade da pessoa humana na sustentação da diversidade de gênero, entretanto ao longo da história

do Brasil, a heteronormatividade impôs seu sistema de sexualidade humana. Segundo Rui Barbosa “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam” (BARBOSA,1999).

Para alcançar a justiça é preciso, entretanto, garantir a liberdade ao ser humano. Para Looke (1978), todos os homens se acham naturalmente em estado de perfeita liberdade para ordena-lhes ações e regular-lhes as posses e pessoas conforme acharem conveniente.

A liberdade de se expressar e se identificar é que traduz a identidade de gênero, o direito ao exercício a liberdade de gênero é uma garantia constitucional com fundamento na dignidade da pessoa humana. Para, além disto, é uma violação ao direito da personalidade, impor que um indivíduo mantenha características rotuladas em parâmetros biológicos e que ele no conjunto de qualidades que define a individualidade não se sente representado. Segundo Sarmento (2006), os particulares são titulares de uma esfera de liberdade juridicamente protegida, que deriva do reconhecimento de sua dignidade.

Neste sentido é que se acresce a proteção à diversidade sexual e de gênero, “como condição da vida em sociedade que necessita ser tutelada na liberdade, dignidade e justiça, de forma a promover autodeterminação das pessoas” (OLIVEIRA *apud* SMANIO & BERTOLIN, 2013).

Antes de qualquer coisa, se desrespeitada a liberdade a autodeterminação identitária, concebe um estorvo a uma vida digna. Os modelos tradicionais de designação de gênero estão ultrapassados, vez que estes, ainda mantém alinhados apenas as concepções biológicas para sua sustentação. Desmistificar a identidade de gênero com fulcro na Constituição Federal do Brasil, nos permite reconhecer que se perpetuados os atuais padrões heteronormativos, estaremos ferindo conjunto de leis fundamentais que fora elaborada para nossa organização, leis estas que são obrigatórias entre todos os cidadãos e a nossa nação, servindo como garantia dos seus direitos e deveres.

Dahl (2001) nos traz que a solução para findar a desigualdade é evidente, ainda que nem sempre fácil de levar a cabo, os direitos democráticos devem ser estendidos aos membros dos grupos excluídos.

Neste diapasão, é possível entender que o desenvolvimento da desigualdade, consiste na ausência de instrumentos normativos que realize e protejam os direitos fundamentais do LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e travestis). Mesmo havendo exceção com recentes entendimentos jurisprudenciais, inclusive através do Supremo Tribunal Federal, ainda são tímidas, sem força impositiva ou impacto em uma nova formação de valores da sociedade, de forma



que propague a igualdade e o reconhecimento da diversidade sexual e de gênero, como tema passível de regulação estatutária.

Inconteste que atuais decisões judiciais vieram a garantir a concretude de direitos fundamentais de homossexuais e transgêneros, mas no mesmo sentido é certo que também há juízos hostis que imperam os normatizadores, negando igualdade a esta população. Desta forma, não se obtém a segurança jurídica a esta parcela da sociedade, mesmo estando respaldada nos direitos fundamentais, e nem sequer garante-se a eficácia e aplicação isonômica.

A Carta Magna de 1988 recebeu o princípio da igualdade de direitos, pressagiando a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento similar pela lei, em harmonia com os critérios acolhidos pelo ordenamento jurídico (MORAES, 2006).

Essa igualdade seria puramente a identidade de direitos e deveres concedidos aos membros da coletividade através dos textos legais (DA SILVA, 2003). Entendimento este que permite concluir que todos fazem jus perante a lei, que se desnuda nas imposições legais através de concessões e obrigações à toda sociedade.

Como já dito, o direito à autodeterminação abarca o direito da igualdade em vários campos da vida. Um condão de autodeterminação, em razão do qual o homem decide seu comportamento pessoal.

Seguindo esta linha, não reconhecer o direito do indivíduo se relacionar sexualmente com quem for de sua escolha ou se reconhecer no gênero sexual diferente do imposto biologicamente em seu nascimento, é uma negação a condição natural, de livre busca pela felicidade e vida digna, princípio este com respaldo constitucional.

## 1.1 DESCONSTRUINDO O CONCEITO DE SEXO E RECONSTRUINDO O CONCEITO DE GÊNERO

Ao analisar a divisão de sexos atualmente, contata-se a necessidade de esclarecimentos em virtude da ocultação da complexidade do tema. Encontramos erros de conceituação do termo ao nos deparar ainda com o caráter biológico em seus parâmetros. Diante das barreiras presentes e desafios futuros, é preciso retirar dos espaços e tempos mais remotos o processo de identificação.

Foucault (1980) sustenta a relatividade dos conceitos de normal e anormal, como também das relações de poder, do confinamento das instituições, nos traz a abordagem do binarismo sexual, alertando que durante a Idade Média, a

identidade era considerada resultado da cultura e do ambiente. A binariedade segundo dicionário de língua portuguesa é a qualidade que comporta dois elementos, ou seja, ao falar em binariedade sexual, estamos falando da qualidade de dois sexos sendo o sexo masculino e feminino. Ocorre que ainda segundo autor mencionado, os avanços da genética e biologia molecular, levaram a reconhecer que a formação da identidade de gênero é um conjunto complexo de crenças, percepções e sentimentos individuais a respeito de si mesmo, sendo a orientação sexual a demonstração dos seus desejos sexuais frente a outros indivíduos.

Apesar de existirem autores que sustentam a determinação do sexo apenas por critérios biológicos, há anos a doutrina defende a junção de inúmeros fatores para sua determinação.

A definição de sexo engloba diversos fatores, físicos, sociais e psíquicos. Uma pessoa tida como normal, tem-se uma perfeita integração de todos os aspectos citados. Nesse sentido, a definição do sexo individual, geralmente acolhida pelas Ciências Biomédicas e Sociais, decorre da junção de três sexos parciais: o sexo biológico, o sexo psíquico e o sexo civil. (CHOERI, 2004).

O sexo jurídico é aquele que consta no registro civil, por isso também chamado de sexo civil. Sua determinação ocorre no nascimento, a partir das características biológicas, dá-se o nome também de sexo morfológico, o qual seja determinado pela anatomia dos órgãos genitais e pela existência de características sexuais secundárias, como por exemplo timbre da voz, pêlos, ou seja meramente estético (CHOERI, 2004). A partir do registro da criança e da obtenção da Certidão de Nascimento, ela passa a ter seu nascimento reconhecido pelo Estado.

Diante desta demanda da sociedade, através de conhecimentos interdisciplinares, as ciências sociais tem certificado o quanto as condições socioculturais têm variado nas definições de sexo e gênero. Bourdieu (2001) verificou como a masculinidade é compreendida de tantas formas, como a delicadeza da poesia, na Pérsia, atribuía-se atributo dos homens, ao invés das mulheres, consideradas grosseiras para tal.

As diversidades por classes e etnias, foram apuradas com predomínio da perspectiva dos homens brancos. Estudando histórias de homossexuais femininos e masculinos, chegou-se a conclusão da pressão de um padrão heteronormativo capaz de sobrepor a qualificação da homossexualidade e conduzindo a identidades diferenciadas. Importante salientar que não apenas Bourdieu (2012), como também Beauvoir (1980) desvendaram as relações histórico-sexuais de poder, onde o sexo masculino é dominador e o feminino dominado.

Existem vários fatores que contribuem na classificação que pode determinar o sexo. O estabelecimento do conceito de sexo considerado sexo biológico ou genético, é usado como critério a constituição cromossômica (PERES, 2001). Ocorre que nos deparamos com o conceito de sexo nas esferas civil, legal como sendo aquele designado em seu nascimento, a partir das características biológicas (CHAORI, 2004). Desta forma observa-se que nosso sistema jurídico fundamenta-se no conceito biológico para determinar o sexo jurídico, sendo determinado principalmente pela aparência externa da genitália.

Com a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento acerca da possibilidade de alteração de nome e gênero no assento de registro civil, tal decisão veio à tona em 01 de Março de 2018. Com tal precedente, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, também conhecida como cirurgia transexualizadora, possibilitou-se a alteração de prenome e gênero no registro civil com a averbação no registro original.

Ora, tal entendimento firmado pela Corte mencionada, traz não somente avanços nos registros civis de transgêneros e travestis, como também nos permite adentrar na amplitude do conceito de sexo desmistificando de forma que seja tratado este conceito apartado da condição biológica do indivíduo preponderando a autodeterminação.

Sendo assim, nos permite entender, que há uma necessidade de caráter emergencial de atualização do conceito de sexo, reconhecendo que, o critério genético não é mais preferencial para o sexo jurídico. Apesar de ainda usado o termo sexo para erroneamente se referir ao gênero do indivíduo, o nosso ordenamento fora difundido nova interpretação, possibilitando alteração do registro civil que usa do termo sexo para designar o gênero do indivíduo em sua certidão de nascimento, ou seja o sexo jurídico afastou o critério biológico e reconheceu a autodeterminação.

## **2 DIVERSIDADE SEXUAL**

A diversidade sexual envolve transformações e quebra de paradigmas no que se refere não apenas a vocação sexual do indivíduo como também as formações familiares. Ou seja, a diversidade sexual reformula diretamente os padrões de família da nossa sociedade, que sempre foi organizada e orquestrada em prioridade a famílias cisgêneros e heterossexuais.

Neste sentido está fundamentada a maior resistência da família tradicional brasileira, pois os impactos da diversidade sexual, ou seja os reflexos da diversidade

de demonstração de afetividade, não estão limitados, abrange a nova formação de famílias e até a concepção do que é família.

A diversidade sexual esta pautada na orientação sexual do indivíduo, reconhecendo que uma pessoa pode demonstrar afetividade das mais diversas formas. Em verdade, o termo orientação sexual também nos remete a uma concepção errônea de que a sexualidade pode ser orientada, adequando melhor o termo vocação sexual, ou seja desejo intrinsecamente pessoal do que lhe dar prazer.

A sexualidade levaram os conceitos a considerarem variações da vocação sexual, englobando questões mais complexas como sentimentos, modos de experienciar o ser masculino e feminino na sociedade. Foi desta forma que percebeu-se a necessidade de expansão da sigla antes GLS (Gays, Lésbicas, Simpatizantes) para uma que abarcasse com mais coerência a diversidade, tornando-o a sigla LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros) (DIAS,2011).

Importa-se, todavia, mais a preponderância do respeito, focando na melhor compreensão da sociedade com o conteúdo, ou seja, compreender que existem diversas manifestações afetivas capazes de desmistificar o sorrateiro padrão heteronormativo.

Sendo assim, cabe pontuar que as três primeiras siglas refere-se a orientação sexual, que aqui daremos o nome de vocação sexual, no sentido de desconstruir o errôneo pensamento que a sexualidade é capaz de ser orientada, ou mudada. Obstante o termo que enturva o entendimento, a vocação sexual nada mais é que a manifestação de seus desejos e formas de vivenciar suas vidas afetivas e sexuais. Lésbicas corresponde a relação afetiva de duas pessoas do gênero feminino. Gays, refere-se a relação afetiva de duas pessoas do gênero masculino. Ambos conceitos citados entende-se a homossexualidade, relação afetiva de duas pessoas do mesmo gênero.

O maior tabu a ser quebrado no que concerne a diversidade sexual são antigos conceitos onde reconhecia-se homossexuais somente indivíduos do mesmo sexo biológico, condicionando o órgão genital como requisito para enquadramento. (DIAS, 2011).

Diante disso, constata-se que o maior obstáculo da diversidade sexual não está apenas na falta de amparo estatal, mas na desconstrução de valores que ainda regem a sociedade e incitam o ódio as diferenças. Transformar valores morais, culturais, historicamente perpetuados e a pouquíssimo tempo superados, é como encarar um leão em meio a selva.

Com efeito, a vocação sexual é a homossexualidade, a bissexualidade. Desta forma, homossexual é o indivíduo que sente, demonstra, desejos afetivos e sexuais pela pessoa do mesmo gênero (PICAZIO, 1999). Vocação vem do latim da “ação de chamar”, um desejo interior natural, o qual expressasse ao longo da vida através do reconhecimento intrinsecamente pessoal dos desejos atraídos pelo prazer.

Os entraves portanto, provém de padrões arcaicos na interferência do desejo sexual pessoal de cada indivíduo, com traços e resquícios de uma sociedade que se moldou em padrões estéticos e biológicos para definir o ser normal.

Nesse diapasão, que verificam-se obstáculos à compreensão da bissexualidade, que refere-se ao desejo, atração afetivo-sexual por indivíduos do mesmo gênero e também desejo por pessoas do gênero oposto (GROSSI; IBIAS, 2001). Indivíduos bissexuais tem vocação sexual em igual intensidade por ambos os gêneros, masculino e feminino. Apesar de não ter a merecida atenção, a existência de bissexuais na sociedade é cotidiana, porém ocultada pela majoritária heterossexualidade.

O agrupamento de manifestações afetivo-sexuais denota a amplitude do que os indivíduos sentem enquanto estrutura de desejo. Não se tratando de opção, nem sequer orientação capaz de ser indicada, mas sim de movimentação de desejos e sentimentos da livre vontade e reconhecimento do que lhe é prazeroso sexualmente.

A diversidade sexual é a pluralidade de desejos que expostos em uma sociedade construída em cima de padrões heteronormativos, encontra resistência na fixação de direitos e deveres a esta população.

Com efeito, não se pode restringir a liberdade do ser humano de expressar o que lhe dar prazer, de manifestar a afetividade. Desatrelando principalmente que tais condições são anormais, já que a definição do ser normal é retrograda e não adequa-se mais aos tempos atuais.

A homossexualidade sempre foi tabu para nossa sociedade, vistos como aberração gays e lésbicas eram repreendidos e viviam escondidos. Ora, se a nossa Constituição Federal, prepondera a dignidade da pessoa humana, nenhuma dignidade estaria garantida nesta tentativa da heteronormatividade de invisibilizar a homossexualidade e a bissexualidade.

Por fim, reconhecer a diversidade sexual como direito constitucional a ser garantido através de regulação estatutária, é reconhecer que o direito deve acompanhar as transformações da vida em sociedade e precisa regula-las para que

se combata a intolerância sexual, sendo este último outro princípio constitucional de não discriminação em razão do sexo.

## 2.1 A DIVERSIDADE SEXUAL COMO AMEAÇA À ORGANIZAÇÃO HETERONORMATIVA

A repulsa a diversidade sexual não é individual ou junção de preconceitos, mas sim uma ideologia de exclusão no qual abriga diversos interesses. Considerada incompletas, perversas e patológicas, foi por muito tempo considerada imoral (BORRILLO, 2010).

Meados do século XIX, ocorreu um aprofundamento de pesquisa acerca da sexualidade, deixando o ato sexual de ser visto como apenas ato para reprodução e sendo reconhecido como necessidade humana e obtenção de prazer, um fenômeno global envolvendo a existência do ser como um todo (CHAUÍ, 1985).

O entendimento para o século representou uma quebra na autoridade da ciência que dispunham de estatuto de verdade e afrontando ou concordando com os discursos religiosos, da lei e da moral.

A homofobia pode ser conceituada como discriminações sociais e preconceitos que agridem diretamente os homossexuais (JUNQUEIRA, 2009). Construída historicamente, com a prática de violência, se sustentando que o normal é ser heterossexual, nomeada hetornormatividade.

De um lado, a hegemonia se mantém através de confrontos partindo das relações desiguais. O discurso dominante tem como intuito apresentar seus pressupostos como verdade absoluta, chamados de discursos da verdade que são disseminados na sociedade e reproduzidos por homofóbicos.

Em um sistema regido pela hetornormatividade, a diversidade sexual se apresenta como uma ameaça as estes preceitos. A intolerância as diferenças são marcantes e constituem o seio da sociedade quando em foco a diversidade sexual. O medo e aversão a homossexualidade são alimentados em ligação com a heterossexualidade (LOURO, 2009).

A importância da política na família e na escola nos direciona para a necessidade de averiguar os fatores que influenciam a formação de valores da nossa sociedade. O preconceito se apresentaria como resultante de ideologias compartilhadas na incitação da violência de gênero, incluindo a homofobia, numa afirmação de valores e práticas que tentam legitimar o sistema heteronormativo.



No que concerne às relações de gênero também encontra-se uma variedade de posicionamentos que percorrem do mito de uma pretensa erotização da cultura, sob alegação de que comportamentos sexuais ainda definem a vivência da sexualidade para homens e mulheres. Ou seja, que seria possível a orientação da sexualidade e que com a naturalização da homossexualidade, as pessoas pudessem ser redirecionadas do comportamento tradicional, heterossexual, para o dito anormal, a homossexualidade.

Neste sentido, ancorou-se também os preceitos religiosos, que taxou a homossexualidade como pecado, impactando diretamente na vida da sociedade que credita a verdade em religião e teme a rejeição. As designações sutis para indicar o preconceito são necessárias ao estudo para desconstrução dos padrões enraizados, vez que, muitas vezes o preconceito velado prepondera nas relações sociais, sendo o LGBT, marginalizado e condicionado as posições mais baixas.

Diante desta necessidade, os conhecimentos interdisciplinares, tem apurado em conjunto com as ciências sociais, quais condições socioculturais tem sofrido variações nas definições de gênero e sexo. A dinâmica das transformações em um mundo passível de mudanças diariamente, afasta a constância de padrões atribuídos ao sexos, classificados como binariedade.

Ocorre que, no que se refere às sexualidades minorias, como a homossexualidade, constata-se que uma das condições para o preconceito é diversidade por classe, havendo inclusive um respeito maior para homens brancos classe média homossexuais. Isto traz à tona, que as causas da intolerância sexual permeia também a classe social ou seja a heteronormatividade se mantém também em detrimento do seu poderio financeiro daqueles que detém o poder e influência na formação de valores.

A condição de atuação social do indivíduo nas relações sociais e as expectativas de comportamento disseminadas pelo padrão hetero, são reflexo de um conjunto de simbologias, que em maior parte das vezes são criados para rotular vestuário e aparência como requisito de enquadramento em determinado gênero, entre outros quesitos com objetivo de limitação do feminino e masculino.

Nesse diapasão, é que a transfobia e a homofobia se apresenta, pois o indivíduo que expressa vesturário e aparência diversa da que fora imposta como aceitável, este é discriminado. Ou seja, quando a temática é gênero, as relações sociais estão estreitamente ligadas a um conjunto de padrões impostos. Essa desconstrução ressalta o papel estruturante social de representações simbólicas, no que diz respeito as práticas sexuais. (FOUCAULT, 2014).

O que se sabe é, estas questões não são facilmente desconstruídas ou equacionáveis, e para o reconhecimento do direito LGBT, requer práticas sociais com clareza no exercício da cidadania e defesa das prerrogativas de proteção dos direitos humanos, inclusive o direito a diversidade sexual e de gênero.

A homossexualidade contrapõe o tradicionalismo do século XIX, que reconhecia apenas dois gêneros como essenciais, exigindo do dito homem o comportamento masculino de “macho”, diferindo do feminino, relacionando as condições patológicas para essa designação.

As pessoas “desviadas” receberam o nome de homossexuais, sendo estas submetidas a ações punitivas degradantes com intuito de regeneração, acreditando ser recuperadora no viés religioso educativo (LOURO, 2009).

Além da ciência, a patologia, usada por vezes como embasamento para discriminação da homossexualidade como algo anormal, a religião, fundamentava-se com a ideia do pecado para contribuir na repreensão as condutas dita anormais homossexuais.

De forma sucinta, a história da sexualidade nos mostra como o conservadorismo regeu o espaço da sociedade por séculos e ainda reflete em comportamentos atuais. A sexualidade historicamente sempre foi rotulada erroneamente como masculino e feminino, homem e mulher heterossexuais, unidos para reprodução.

Mesmo passado séculos, ainda permanece na sociedade contemporânea a cultura da heteronormatividade e sendo ainda mais pontual a intolerância, visto que, além da expressão sexual, da manifestação do desejo sexual, a diversidade de gênero, ou seja o indivíduo que não se vê correspondente ao sexo de nascimento determinado pelo genital, modelo este chamado de predeterminado, também encontra resistência desta cultura.

Nesse seguimento, é que perpetuou-se que o indivíduo com expressões afetivos sexuais dessemelhante do padrão imposto heterossexual é uma aberração. A tentativa de dividir a sexualidade com base em fatores biológicos justifica o comportamento repulsivo da sociedade, dada esta crença infiltrada disseminando um suposta ética sexual naturalista fundada na biologia.

### **3 DIVERSIDADE DE GÊNERO**

Numa era de transformações e vastas discussões de temas sociais novos, a diversidade de gênero se aflora da invisibilidade histórica. Neste sentido, ao abordar sobre gênero e sexualidade depara-se com grande resistência social, pois a

transgeneridade aparece como forma antinatural, peculiar e até anormal, dentro de uma sociedade que tem como parâmetro a cisgeneridade (LOURO, 2001).

A diversidade de gênero é a ruptura do requisito estético e do atrelamento do órgão genital para determinar o gênero (LOURO, 2001). Ou seja, é a quebra das barreiras preconceituosas que só reconhecem e conceituam gênero como sexo, ou seja como o órgão genital que o indivíduo tem de nascimento. Obstante tais padrões, capazes de enraizar a intolerância, a diversidade de gênero traz uma nova percepção acerca do que conceito de gênero.

No primeiro momento, desmistificar que o gênero está atrelado ao órgão sexual do indivíduo nos atravessa para as questões intrinsecamente pessoais citadas no tópico anterior, já que afastando a condição biológica para definição de gênero aproximasse do reconhecimento pessoal e por que não dizer da formação da personalidade. Sendo o direito a personalidade princípio constitucional elencado na nossa Carta Magna, a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º expresso de forma genérica, mas também presente de forma específica no Código Civil de 2002.

A identidade de gênero está relacionada as identificações histórico-sociais do indivíduo, que resultam no reconhecimento do ser masculino ou feminino (LOURO, 1997). Diferindo nesse sentido da vocação sexual, que está relacionada ao desejo sexual das mais variadas formas, resultando na identidade sexual. Ou seja, o gênero compõe o sujeito, e a identidade sexual a forma como a sexualidade é versada.

A ausência de sensibilidade e falta de interesse até na busca de conhecimento acerca da temática LGBT, afasta o preparo para lidar com questões teóricas e práticas sobre sexualidade e gênero, justificando o engessamento no qual ainda relaciona gênero o órgão sexual. E tal ostracismo, reflete nas estruturas de poder que interpretam a nossa Constituição Federal de 1988, principalmente quando o cerne da questão é a necessidade de respeito ao direito fundamental de cidadãos e cidadãs se verem, estarem, sentirem sob o prisma de gênero e de desejo pessoal de cada um.

Se, por um lado, já verifica-se avanços como, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a não-necessidade de cirurgia para alteração de prenome e gênero. Ainda se faz necessário, firmar entendimento de um novo conceito de gênero, desatrelado do conceito de sexo, apartado do requisito genital para definição do ser masculino e feminino.

Importa ressaltar que o transgênero é o indivíduo que apresenta-se diferente do sexo predeterminado em seu nascimento, adquirindo o reconhecimento social e legal do gênero oposto (BENTO, 2008).

Apesar do termo atual transgênero, a história nos remete a um avanço na conceituação, vez que, antes chamado de transexualismo, sendo o “ismo” relacionado a doença tendo em maio de 2019, a Organização Mundial de Saúde removido a transexualidade da sua classificação oficial de doenças.

O dito conflito no transgênero está ancorado no que diz respeito a sua identidade, pois diverge o corpo, o seu órgão genital do gênero ao qual tem correspondente de si. Muitos buscam as causas para explicar a transexualidade, entretanto nenhuma fora conclusiva, nem a psicossocial nem a biológica. Sendo que a teoria biológica afirma que tais conflitos decorrem de subdivisão genética e hormonal, já a hormonal tenta justificar aduzindo um descontrole ou desequilíbrio hormonal, nos indivíduos transgêneros. Nenhuma delas alcançou a unanimidade ou convencimento até então.

Outro parâmetro utilizado para tentar diagnosticar as causas da transexualidade é uma análise considerando o papel de gênero desenvolvido socialmente. Ou seja, acredita-se que as condições sociais e o meio social, interfere na formação do gênero do indivíduo.

O fato é que todas as teorias tratam a transexualidade como distúrbio ou doença e dado os avanços inclusive da Organização Mundial de Saúde, a maior barreira é destrelar a diversidade de gênero como condição de anormalidade. A forte influência religiosa e científica que por séculos regeu a sociedade criou seres humanos intolerantes a tudo que não fora explicado pela ciência ou pela religião.

Outra questão aliada a transexualidade é a cirurgia transexualizadora, que antes vista como necessidade e requisito, fora afastada através da ADI 4275 para a alteração de prenome e gênero. Entretanto, a relação do órgão sexual com o gênero ainda é um grande tabu para a sociedade. Em verdade, o maior questionamento e dúvida se assenta no órgão genital, vez que os padrões só reconhecem as relações heterossexuais, então questiona-se como seria a relação sexual de um transgênero que não se submeteu a cirurgia.

A valorização das subjetividades forçou a expulsão do campo patológico, inclusive nos estudos de subversão a identidade, possibilitando a transexualidade se posicionar fora da patologização.

Nesse seguimento, entende-se que a transexualidade está posicionada como identitária e não como patológica. Ou seja, a identidade de gênero é algo inerente

e intrinsecamente pessoal do indivíduo, não é uma doença, nem sequer distúrbio. A importância deste entendimento é o impacto na sociedade, que com a visão patológica associava a transexualidade a uma possibilidade de "cura", submetendo transgêneros a situações inimagináveis para curá-los.

Por fim, há um longo caminho a percorrer na desconstrução dos padrões heteronormativos, mas a necessidade de regulação é incontestável para que a sociedade se reestruture em suas relações sociais, respeitando a diversidade de gênero.

#### **4 A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO ESTATUTÁRIA**

A sociedade ainda carrega resquícios de um ilegalismo global dominante do século XIX, do qual determinara quanto a tudo que era contra natureza cabia a sua condenação (FOUCAULT, 2012).

Neste sentido, a sensação atual que se tem, é que os três poderes da União fecharam os olhos para as demandas LGBT. Como bem impele Bento (2006: p. 99):

Tal concepção nos impele a fazer movimentos de costuras e de articulações teóricas que, embora só ganhem materialidade nos indivíduos, devem inserir-se em contextos históricos, sociais e culturais mais amplos.

Nesse diapasão, o aparato construído em torno do sexo e do propósito dele, de produzir uma verdade e absoluta, identifica o fundamento heteronormativo binário de gênero para embasar a máquina judiciária (FOUCAULT, 1997).

O Projeto de Lei nº 134, de 2018, que é o Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero que segue no Senado Federal, com última atualização de tramitação 15/03/2019, estando na CTFC - Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor e distribuição posterior ao Senador Paulo Rocha, para emissão de relatório.

Não se pode negar que políticas para a diversidade sexual e de gênero em nosso país vem a reconhecer uma série de avanços conquistados através de muito esforço de movimentos sociais autônomos como o Grupo Gay da Bahia, organização não governamental com objetivo de defesa dos homossexuais no Brasil, sediada em Salvador no Pelourinho.

É inegável a falta de aparato estatal para garantir qualidade de vida a comunidade LGBT, já que o Brasil não dispõe de políticas públicas, sendo estas a efetivação de direitos constitucionais ou firmados através do reconhecimento da sociedade ou poder público.

O Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero foi apresentado pelo Conselho Federal da OAB, presidido por Maria Berenice Dias, com o intuito de sustentar o direito de amar, independentemente de qual seja sua orientação sexual ou identidade de gênero. E por consequência, garantir o direito de viver, já que obstante proteção jurídica a comunidade é alvo das maiores repreensões morais em virtude de costumes arcaicos enraizados em nossa sociedade.

A importância do estudo do direito do LGBT e de seus reflexos, especialmente jurídicos, não se justifica apenas em razão da existência da diversidade em si, mas da defesa da autonomia, para que o indivíduo seja respeitado e não seja discriminado pela forma como identifica-se, pelo gênero que considera-se pertencer e pessoas a qual deseja se relacionar ou seja sua vocação sexual.

Neste sentido, o pensamento filosófico do idealismo platônico, responsável pela teoria das ideias, nos aprofunda a perspectiva que a justiça ideal seria aquela com as três partes da alma, a sensibilidade, a vontade e o espírito. E também com temperança, coragem e sabedoria.

Ora, a justiça não está separada da vida em comunidade. Sendo o homem um ser político, daí partindo a necessidade de convivência e de promoção do bem comum (SOARES, 2010).

Nesta sequência, a obediência do homem a qualquer proposição que declara uma determinada ação como necessária, constitui a essência do jusnaturalismo, estando fundado na racionalidade prática. Ocorre que, Kant, preocupou-se em fundamentar a prática moral, uma lei particular à racionalidade humana, que deu nome de imperativo categórico. O que importa aqui evidenciar, é que, o jusnaturalismo nos trouxe a necessidade do olhar axiológico para o direito. Ou seja, o estudo de valores, e a forma que com tais chegam a judicialização carecendo de suporte estatal, seja através de jurisprudência, seja através de necessidade de regulação estatutária (SOARES, 2010).

Provoca dizer que quando se trata de elaboração de políticas públicas no campo da sexualidade e diversidade de gênero, que resguardaria os direitos da população LGBT como um todo, o tema se torna mais complexo, considerando que para sua formulação e implementação depara-se na necessidade de mudança de



crenças, valores e tradições que há séculos perpetua-se e prevalecem no imaginário coletivo.

Desta forma, para que as políticas públicas conscientizem tanto a comunidade LGBT do direito que possuem, quanto a sociedade, bem como políticas públicas que promovam o respeito a diversidade sexual e de gênero. A sociedade como um todo, desde seus governantes, esta população hodierna há de compreender a existência de modelos de sexualidade diversos da pessoa cisgênero e heterossexual.

E isso é efeito cascata, vez que a população tem a composição dos poderes do Estado Brasileiro, os três poderes da União, como termômetro do que é aceitável e permitido na convivência humana. Não é à toa, a liberdade não pode ser assegurada em um lugar onde prepondera-se apenas um interesse. Tais poderes na visão de Montesquieu careceriam do seu exercício por pessoas diferentes, impedindo assim que apenas um interesse prepondere (MONTESQUIEU, 1973).

Partindo deste pressuposto, o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, representa não apenas todas as garantias fundamentais da nossa Constituição Federal, mas o efetivo cumprimento de um direito historicamente defendido por teorias que tentavam aproximar o direito do lado humano.

O Estatuto em trâmite no Senado Federal contém 135 artigos, encabeçado pelo seu Art.1º, que já nos mostra a abrangência da regulação estatutária e seus possíveis impactos na qualidade de vida do LGBT. Veja-se:

Disposições Gerais: Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero e visa a promover a inclusão de todos, combater e criminalizar a discriminação e a intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero, de modo a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos das minorias sexuais e de gênero.

Direitos individuais, coletivos e difusos são frutos da Constituição de 1988 com o intuito de atender a demanda reprimida. A defesa destes direitos podem ser exercidas pelo MP.

Ora, revela-se incontestemente que partindo da efetivação de um direito fundamental da nossa Constituição, o direito constitucional a diversidade sexual e de gênero é então um dos pressupostos para perfazê-la. E através da regulação estatutária estaríamos assim cumprindo.

A população LGBT historicamente vem marcada por atos de crueldade e restrição de direitos. O Brasil descriminalizou a homossexualidade em 1830, de lá até então os avanços foram gradativos e lentos, sempre encabeçados por movimentos populares de organizações não governamentais.

O reconhecimento do direito a diversidade sexual e de gênero nos traz ao desmonte dos resquícios de um Brasil Império, que deixou rastros do conservadorismo que emolduram a sociedade. Neste quesito, ainda temos muito a avançar, a desconstruir, de forma que o respeito as diferenças seja a base das relações sociais. Ocorre que, para muitos a diversidade sexual e de gênero é irrisório, isso justifica a falta de aparato estatal até então em nosso ordenamento jurídico, que tem sua origem no direito romano, cá falamos de normas e princípios arcaicos e antigos que ainda nos afeta de forma direta, a caracterizar a repulsa por cisgêneros em reconhecer a diversidade sexual.

Durante muito tempo, o direito foi estudado sob a ótica da norma jurídica, ou seja, aplicação da norma/lei, ignorando problemas particulares e relações sociais que careciam de respaldo jurisdicional. A teoria do ordenamento jurídico defendido por Norberto Bobbio, traz a amplitude que o direito não pode ser apenas a lei, mas sim um conjunto de princípios, normas e regras. Neste sentido, para a norma ser eficaz tem que acompanhar a determinação da natureza, ou seja, das condições sociais, políticas e as pessoas que compõe esta organização (BOBBIO, 2014).

A necessidade de regulação estatutária para população LGBT ancora-se na evolução do direito brasileiro, que carece de consonância com as demandas da sociedade. Quando o mundo atravessa um momento de profundas transformações, a ciência do Direito precisa determinar novas relações com as ciências sociais, transcendendo a formação jurídica departamentalizada, com sua organização sobre uma base de direitos humanos reconhecendo estes como inerentes a todos.

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, marco na história dos direitos humanos, tem como característica principal a Universalidade de direitos incluindo o direito LGBT. Entretanto, os avanços de direitos de LGBT só passam a ser percebidos em 1990. No Brasil, somente em 2000 o tema ganha visibilidade, através do programa Brasil sem Homofobia que visou promover equiparação de direitos e cidadania. Ao longo da década, união homoafetiva, nome social foram algumas das poucas regulações que temos voltadas ao LGBT.

Em verdade, é que ao abordarmos sobre direito a lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transgêneros, estamos inquietando os padrões tradicionais. E esta desconstrução que se arrasta por séculos precisa ser vista com outros olhos. A ignorância acerca do tema, muitas vezes é o que o torna invisível.

Garantir aos transexuais direitos e deveres que o resguardem, não é garantir privilégios, mas sim garantir o direito a vida, a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a personalidade. Regular tais direitos e deveres é garantir a eficácia da lei e o devido cumprimento de princípios constitucionais norteadores da sociedade.

É chegada a hora de acabar com a invisibilidade jurídica de segmento da população, que é alvo de perversa discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Impõe-se verdadeira mudança de paradigma a toda sociedade. Todos precisam aprender a conviver com a diferença. Não só no mundo público, mas nos mais diversos segmentos da iniciativa privada” (Anteprojeto ESTATUTO DA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO, 2011, p. 11).

Com efeito, o princípio da dignidade humana, da igualdade, da não discriminação em razão de raça, sexo ou gênero, são preceitos constitucionais que embasam a defesa do direito LGBT. Não se pode vender os olhos para as demandas que gritam regulação e suporte estatal. O Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, elenca direitos e deveres que com sua aprovação impactariam em um novo prisma para as relações sociais em nosso país. É garantir vida a quem tem o direito de viver.

#### **4.1 A POSSIBILIDADE DE IMPACTOS NA QUALIDADE DE VIDA DO LGBT COM A REGULAÇÃO ESTATUTÁRIA**

Se a nossa sociedade tem respeito e soberania pela Constituição Federal e se estrutura através dos valores repassados em decisões dos três poderes da União. A família se estrutura pela afetividade, demonstrando desta forma que o direito deve se acoplar aos fatos da vida.

Isto significa dizer que a afetividade se tornou um princípio jurídico norteador. Ora, o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero nada mais é, que a demonstração do reconhecimento da afetividade na sociedade. Seria então, a consumação da relação sociedade-estado, estando o último em consonância com o primeiro (DIAS, 2011).

Quer queira quer não, há um leque de possibilidades na melhoria da qualidade de vida do LGBT, pois descortinando o discurso moral e religioso, que incumbe a resistência de enxergar a diversidade como um fato natural e que é o princípio da afetividade decorrente de elementos determinantes da sociedade. Enfim, as relações sociais seriam vistas com um outro olhar do direito e até da ética,

não restaria dúvidas que afetividade é uma condução a melhoria na qualidade de vida em sociedade.

Ademais, a noção de isonomia traz ao legislador liberdade para estabelecer iguais e desiguais. Entretanto, a discriminação jurídica deriva-se de um diferente tratamento a uma situação se comparada a outra, isso faz com que ainda com tal liberdade, deverá estar consonância com os valores consagrados em nossa Carta Magna.

Deve-se ponderar também que, não existe duas igualdades, mas sim apenas uma e esta deve abranger como um todo. Com tais premissas, conclui-se o dever de respeito a diferença que seria emanado através do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, vez que o pluralismo social corrobora esta tese (DIAS, 2011).

Assim, os efeitos danosos sofridos até hoje possam ser freados e a felicidade considerada direito nato do ser humano, para garantia de prazer, satisfação e liberdade. A história humana nos remete a busca incessante pelo bem-estar social, visto como mola propulsora para o seu desenvolvimento. O afeto é visto como a tônica da felicidade, ora se aqui falamos do princípio da afetividade presente na necessidade de regulação estatutária, evidencia-se que, a função social do Estatuto de interferência e mudança nas relações sociais está presente (REALE, 2004).

Não é difícil encontrar manchetes de crimes homofóbicos com desfechos que relatam a morte de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transgêneros em nosso país. O relatório de causa mortis, pelo grupo gay da Bahia, revela um crescimento alarmante do número de assassinatos nas últimas três décadas.

Em meados da década de 80, por motivos homofóbicos o número de mortes era de um por semana, e esse número subiu para um homicídio a cada três dias na década de 90, marcando o início do terceiro milênio por uma morte a cada dois dias (MOTT; CERQUEIRA, 1997).

O fato é que o combate a homofobia e transfobia não ancorasse apenas na criminalização mas também na conscientização do seu povo. Até por que em decisão recente do STF, fora criminalizada as condutas homofóbicas e transfóbicas no Brasil. Sendo o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero um norteador de conscientização e naturalização desta diversidade. Não apenas traz direitos como deveres a população LGBT, os reconhecendo-os ainda mais como seres de direito.

Os impactos na qualidade de vida do LGBT que o Estatuto em trâmite no Senado podem ocasionar são benéficos para a comunidade, vez que desemparrada do Estado ou legislação específica, por vezes encontram resistência na efetivação e validação dos seus direitos, direitos estes fundamentais constitucionais.

## **5 A INFLUÊNCIA DOS TRÊS PODERES DA UNIÃO NA FORMAÇÃO DE VALORES DE UMA SOCIEDADE**

A interferência dos poderes da União na sociedade, vem de suas raízes desse sistema de separação. A teoria de tripartição se fundamentou na liberdade de fazer tudo aquilo que é permitido pela lei, do contrário perdemos a liberdade (MONTESQUIEU, 1973).

Nossa República é formada por três Poderes. Ao Legislativo corresponderia à função legislativa, que compreende a edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, sendo, portanto, as leis. Ao Executivo, cumpre a função jurisdicional; tem como escopo aplicar o direito nos casos concretos, dirimindo conflitos de interesse.

O Poder Executivo participa do poder legislativo com sua autoridade de impedir. Ocorre que, um poder limita o outro, o legislativo está limitado pelo executivo, que também limita-se a criação de leis do legislativo. O judiciário tem como uma de suas funções a resolução de conflitos dos cidadãos.

Neste sentido, compreende-se a existência de interdependência entre os poderes da União e portanto como uma máquina, para que funcione devem estar em sintonia. Os reflexos desta máquina resulta na formação da sociedade, já que na teoria de tripartição o medo de perder a liberdade alcança de forma que se siga o que é permitido por lei.

Ora, sob esta ótica, somos frutos de decisões destes poderes e de tudo aquilo a que estes se dispõem a discutir. No que concerne a diversidade sexual e de gênero, tendo o Estatuto força de norma, a sua aprovação implicaria no estabelecimento de regras e organização e funcionamento da sociedade, desconstruindo ativamente padrões arcaicos e acompanhando a garantia e efetivo do princípio da dignidade humana presente em nossa Constituição Federal.

O princípio da tripartição dos Poderes se torna importante momento em que a proposta é analisada, o poder executivo em relação aos outros poderes da república e seus impactos, um princípio geral do Direito Constitucional no qual se compõe o Estado Democrático de Direito.

Ocorre que, apesar dos Três Poderes da União existirem para regular a vida em sociedade, garantindo a harmonia e o bem estar social, esta não é a realidade. Vez que ainda tem-se desamparado pelo Estado a diversidade sexual e de gênero.

“Todo homem que tem o poder é levado a dele abusar.” (MONTESQUIEU, 1987, p. 198). Com grande poder nas mãos e na caneta, nosso sistema estatal

prioriza os próprios interesses e esquecem do povo. A concessão de poderes exorbitantes desvirtua o objetivo central da República.

Com este poderio e influência sobre a sociedade, inclusive imperceptível para muitos, o sistema vem se mantendo e postergando a garantia de direitos fundamentais constitucionais. “Para que não possam abusar do poder é necessário que, pela disposição das coisas, o Poder freie o Poder.” (MONTESQUIEU, 1987, p. 198).

Está disposto na Constituição da República Federativa do Brasil que os Deputados são representantes do povo, enquanto que os Senadores são representantes dos Estados e do Distrito Federal. Neste sentido, pelo menos do ponto de vista jurídico não é possível afirmar que os todos os políticos nos representam, como dito uma das funções do Legislativo é produzir normas, ou afastar normas, inclusive outra função do Legislativo é a fiscalização ao Poder Executivo, o que acarreta em uma dinâmica no sistema estatal que deixa o povo e suas necessidades cada vez mais distantes.

Sendo assim, os resultados não poderiam ser diferentes, sendo a existência de uma tripartição de poderes que deveriam atender as necessidades da população, mas que atendem aos seus interesses e desamparadas deixam as situações fáticas e cotidianas.

O impacto na vida em sociedade é tão marcante que apenas decisões do judiciário já causam mudança no modo de ver e agir da população. Matérias de repercussão geral além de dominarem as manchetes de jornais, chegam as mesas de família dias de domingo.

Se com tamanho poder e formação de valores vindo num sistema hierarquicamente montado em três poderes, teríamos desta forma através da regulação estatutária da diversidade sexual e de gênero, a resplandecência de direitos invisíveis na história durante séculos. Além da afirmação de consonância dos direitos fundamentais da Constituição Federal efetivados, a pontualidade que tais poderes existem para atender e melhorar as relações e bem-estar social.

São inegáveis os reflexos que nosso sistema estatal causa em relações cotidianas, e o inverso deve ocorrer, vez que, lá estão sob voto popular, instrumento de decisão que representa a chegada da nossa Constituição Federal de 1988 e o rompimento do regime ditatorial que usava do voto indireto para se manter (BRASIL, 2014).

Neste sentido, tendo a nossa Constituição Federal como a mais humana, no que se refere a valorização do ser humano, da liberdade, da dignidade da pessoa



humana. Os três poderes da União, em verdade deveria usa-la de forma que direitos inerentes do ser humano, como é a identidade de gênero, a vocação sexual fossem respeitados, sendo estes poderes moduladores da formação de valores da sociedade.

Se só se faz o que é permitido por lei, sendo a sanção reconhecida apenas quando institucionalizada, conclui-se que, para haja direito, é necessário que haja um ordenamento jurídico completo, que atenda as relações sociais, vez que se ocorrem e recorrem, merecem atenção do Estado. Sendo o sistema estatal a via de acesso para que haja o direito, ora senão a necessidade de regulação estatutária nada mais é que, uma validação de um direito inerente do ser humano tão pontuado em nossa Constituição.

Desta forma, diz Ross:

Devemos insistir no fato de que a relação entre as normas jurídicas e a força consiste em que elas dizem respeito à aplicação da força, e não de que são protegidas por meio da força (ROSS, 1958. p.53).

Fica claro a força da regulamentação jurídica perante a sociedade. Neste sentido, o poderio estatal usasse disto para fazer valer seus entendimentos, seja pelo judiciário através de jurisprudência, seja pelo legislativo na elaboração de leis e/ou Senado Federal na sua tramitação e aprovação.

Diante disto, estando o Estatuto da Diversidade Sexual e de gênero em trâmite estamos à mercê de tais representantes para uma possível mudança de valores, vez que, a real intenção do legislador não é organizar a força, mas sim organizar sua população mediante a força. Podendo assim dizer, que nosso ordenamento estrutura para se manter pelo uso da força, sendo esta força, o uso do aparelho estatal para impactar o que rege a sociedade, seus valores e crenças.

## 5.1 O DIREITO COMO REGULADOR DAS RELAÇÕES SOCIAIS

O direito está em constante evolução e sabemos que ele vem para regular as relações sociais, por isso a necessidade de dinamicidade. Na ausência de um direito dinâmico seus reflexos é a regulação e marginalização de questões decorrentes das mudanças da sociedade.

Destaca-se, portanto, a diversidade sexual e de gênero, que ao longo dos anos deixou de ser a figura clássica do homossexual centrado e escondido no recôndito dos padrões heteronormativos, para o LGBT nas ruas em busca de reconhecimento.

Partindo da premissa que o direito interfere nas relações sociais e por isso, ele deve ser dinâmico e acompanhar a evolução, ou seja, evoluir junto. Deve-se respeitar a vocação sexual do cidadão e/ou sua identidade de gênero para fins de direitos e deveres, e consequentes reflexos na entidade familiar.

A Carta Magna de 1988 restringe a discriminação em razão do sexo, sendo o carro chefe o princípio da igualdade, não limitando-se a distinção entre homens e mulheres, mas inclusive deve acompanhar a evolução reconhecendo a diferenciação de conceito de sexo e sexualidade, de sexo e gênero, pois tais atrelamentos são causa de um reconhecimento jurídico tardio dos direitos do LGBT.

Como já dito, o ordenamento jurídico brasileiro, princípios, normas, leis não se adaptaram as transformações sociais, que resultaram na formação, ou melhor tiraram da invisibilidade novos modelos de família, de pessoas e relações afetivas.

O que chamamos hoje de individualização da sociedade é reflexo de um declínio do direito e dever, mas ao mesmo tempo uma recondução na luta pela sobrevivência, onde os divididos se dividem causando uma dependência organizacional ainda mais forte (CANOTILHO, 2015).

Cabe ressaltar que a despeito do princípio da igualdade de inclusão, põe em discussão que a inclusividade é sinônimo de justiça e através da reinvenção do Estado Social, os direitos sociais deve seguir em conformidade com a realidade, afim de que política públicas sejam realizadas e efetivadas, reconduzindo os alicerces das expectativas normativas.

Merece atenção o problema da efetivação de uma direção dada pelo direito constitucional. Isso não significa dizer que o direito tenha deixado de assumir seu posto, mas que a sociedade tem novas demandas que carecem de regulação.

Neste sentido, apresenta-se a comunidade LGBT, reprimida e ofuscada. A Constituição é uma norma dirigente e para demonstrar sua capacidade precisa de efetivação. Este ponto de partida justifica que embora criticada é determinante para a sociedade uma norma reguladora.

A despeito disto, as formas de interação sociedade e estado subsiste uma dominância hierárquica, que apesar de representantes do povo assimila a indiferença e até ignorância das demandas passíveis e carentes de discussão emergencial nas mais altas patentes do Poder.

O direito não pode causar nem ter distanciamento de quem o cria e a quem ele é aplicado, ou seja, isso afeta a cientificidade do direito levando em conta não apenas a base filosófica mas também seu aparelhamento.

O direito deve ter a função social de promover a justiça e a inclusão social de qualquer indivíduo independentemente de sua identidade de gênero, privilegiando a dignidade da pessoa humana, contudo a heteronormatividade ao longo da história impôs um sistema binário de sexualidade humana, ignorando as demais manifestações da sexualidade.

Percebe-se que há uma dificuldade das pessoas superarem questões tão pontuais e enraizadas, por forças de leis imutáveis. Mas é inegável os reflexos do direito na sociedade como regulador nas relações sociais.

## 5.2 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

Embora a topologia constitucional não reconheça os direitos sociais como fundamentais, sua essência está intrinsecamente ligada aos direitos humanos, que constitui-se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como força normativa, é necessária não apenas para que se efetive direitos individuais de um cidadão, mas também abranger os direitos sociais.

Os direitos fundamentais passaram por eficácia duvidosa, justamente pela necessidade de intervenção estatal para sua efetivação, exigindo do Estado prestações materiais. Entretanto, o neoconstitucionalismo é marcado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, neste sentido não se faz consistente afastar os direitos sociais do enquadramento em direitos fundamentais (SOARES, 2010).

Desta forma, ocultar os direitos sociais seria violar à ordem constitucional, que nos traz os direitos e garantias individuais em suas cláusulas pétreas. Ora, o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, em trâmite no Senado seria a consumação de um direito social. Os direitos sociais eclodiram em razão do tratamento desumano durante os séculos XVIII e XIX, afim de trazer proteção as minorias.

Deparamos-nos então com uma situação de desumanidade quando analisamos a situação atual do LGBT no Brasil. Sendo o país que mais mata LGBT no mundo, segundo a estatísticas da ONG (Organização não-governamental) Transgender Europe (TGEU), constata-se que a realidade de quem está acoplado a diversidade sexual ou de gênero é degradante e motivação de homicídios.

Ora, garantir ao LGBT qualidade de vida, através da regulação estatutária nada mais é que efetiva uma ordem constitucional, que enfatiza a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.

Com efeito, no plano internacional, os direitos sociais pela abertura dos direitos fundamentais é fortalecida, sendo o Brasil signatário de tratados que acolheram os direitos sociais como direitos humanos fundamentais, por exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Portanto, os direitos sociais indene dúvida de sua eficácia plena e imediata, que inclusive a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais só se efetivam através dos direitos sociais.

Com base nisso, entende-se que a dignidade da pessoa humana expressa autonomia, mas também requer atenção do Estado, vez que quando fragilizada a capacidade de determinação do indivíduo no cenário coletivo, como a população LGBT, se faz necessária sua intervenção através de prestações positivas.

## **6 A TEORIA REALISTA E OS DIREITOS HUMANOS: IMPACTOS DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS NO DIREITO INTERNO**

A sociedade internacional é um reflexo das relações sociais internas, mas ao mesmo tempo entendiam que nas relações entre os Estados, o cenário Internacional era anárquico. Os pensamentos de Nicolas Maquiavel e Thomas Hobbes fundamentam a perspectiva realista. Os realistas estabeleceram uma oposição clara aos idealistas, mas tem em comum a ideia do sistema operacional anárquico, uma guerra de todos contra todos. A perspectiva realista entende como legítimo o uso da força para alcançar os objetivos do estado, afirmando que não há de imoral ou ilegal.

O Estado racional e ilógico não tem sentimentos, suas decisões são tomadas em perspectivas racionais. O realismo tem seu foco na segurança do Estado e no seu poder acima de tudo. Maquiavel, como Thomas Hobbes partirá de uma visão bastante clara da vida humana, enfatizando seu aspecto competitivo, conflituoso, ambicioso e predatório. Para Hobbes (2003), todos os homens nascem iguais, possuindo os mesmos direitos e capacidades similares, buscando garantir por meio de suas ações, sua sobrevivência e seus interesses particulares.

Segundo o realismo estrutural, é a estrutura do sistema internacional que causa os diversos comportamentos entre os países. Estimulando a busca pelo poder militar para proteção e até coerção dos demais países para satisfazerem seu interesse (poder coercitivo). Na mesma ótica, o realismo afirma que o mundo é anárquico, ou seja que acima do governo de cada país, não existe um governo estruturado e legitimamente constituído para comandar as relações internacionais.

O realismo se divide em dois pontos de vista, o realismo ofensivo que defende poder maior ao Estado para que se tenha hegemonia. Outra corrente do realismo, que é o realismo defensivo, sustenta que o país tem que ter equilíbrio de

poder. No realismo hegemônico, existe a idéia de quanto mais poder melhor, na intimidação aos demais. No raciocínio do realismo defensivo, se admite a figura da coalizão. Já no Realismo ofensivo, não se admite coalizão, visto que os países desejam alcançar a hegemonia.

Na “pré sociedade”, onde devido a índole natural do homem, temos um estado “normal” definido de competição e disputa constante: o chamado Estado de Natureza. O Estado de Natureza é visto como um cenário de guerra, todos contra todos, onde cada indivíduo está em disputa com os outros (*homo homini lupus*) visando seu espaço de interesse, gerando uma situação de guerra permanente. Diante desta situação de conflito extremo, internamente, visando a garantia de sobrevivência e um mínimo de segurança, os indivíduos estabeleceram entre si um pacto social que criará uma entidade superior. Esta entidade superior é chamada de “Estado”, e é para onde são transferidos os direitos e vontades individuais, o que constitui um organismo soberano como monopólio legal da força dentro de determinada região geográfica.

O sistema internacional se forma por estes Estados que se relacionam entre si, inexistindo qualquer outro agente que possa se impor a eles. O Estado é reconhecido como soberano, único e autônomo no SI. O Tratado de Vestfália (1648), marco da Guerra dos Trinta Anos, entre diversas nações européias, especialmente a Alemanha por motivos religiosos, rivalidade e território, define como princípios clássicos da concepção de Estado, o reconhecimento da sua soberania dentro das suas fronteiras, a não-intervenção, a autonomia de decisão e ação.

A guerra, assim como a diplomacia, é elemento essencial do intercâmbio entre as entidades estatais nacionais, dotadas dos mesmos direitos, mas possuidores de diferentes capacidades e possibilidades de ação. O Estado Nacional objetiva sua preservação como entidade autônoma e expansão, podendo se utilizar de quaisquer meios para isto.

Dar-se o nome de *High Politics*, os aspectos da política internacional, se opondo às questões sociais. Alcançando todos os assuntos vitais para sobrevivência do Estado: as preocupações nacionais e internacionais de segurança. Com cada Estado buscando defender seus interesses individuais, o realismo defende que há o equilíbrio de poder, com intuito não apenas de paz, mas também de prevenir o surgimento único que subjuga os demais.

Neste sentido, os direitos humanos são frutos de um processo histórico, desenvolvido na sutileza política do capitalismo. Inicialmente, os direitos humanos foram debatidos afim de minimizar os impactos das Guerras, na tentativa de

diminuir os estragos dos conflitos bélicos. O homem seria, inevitavelmente, um ser histórico. Esta assistência tinha como foco alcançar o mínimo de resultado satisfatório precisando ter o caráter solidário.

Os Direitos Humanos sofreu impacto direto da Teoria Realista, justamente por ter sido concebido a partir do Direito Humanitário criado em tempos de Guerra. O misto de situação ora pacatas ora turbulentas refletiu nas discussões acerca da normatização dos direitos. As marcas deixadas pelas disputadas entre grandes potências, que resultaram em catástrofes, impulsionou o sentimento de solidariedade, com isso a necessidade de direitos que garantissem vida digna e esperança aos atingidos pelas Guerras.

O discurso realista de ver o mundo como ele é traz a perspectiva quanto a magnitude das sociedades, constituída por indivíduos em incessante processo de transformação, que através da qualidade do que é necessário de se buscar adequando os direitos à realidade, faz surgir os direitos humanos garantidos universalmente.

Desta maneira, ainda que da difusão das normas internacionais, refletida a emergência de valores importantes, como os direitos humanos, a lógica realista continua vigente. Não é o indivíduo o centro do sistema jurídico, mas o Estado nacional. Entretanto, para que haja os interesses difusos se faz necessária participação intensa do cidadão, sendo não somente produto de livre opção política, mas sim, consequência do capitalismo alavancado que cria e induz uma nova concepção de valores.

## 6.1 A EVOLUÇÃO RUMO AOS DIREITOS HUMANOS

Apesar de toda discussão cercado os direitos humanos, é de suma importância ressaltar que tais medidas foram pensadas e adotadas em tempos de Guerra, sendo exceção e dar-se o nome de Direito Internacional Humanitário. Adotando-as quando as partes estão em conflito armado.

O Direito Humanitário foi ovacionado pela intensa solidariedade pelos efeitos negativos causados pelas Guerras, intensificando a necessidade do debate sobre Direitos Humanos entre os Estados e potências. Tal circunstância, pode ser considerada o ponta pé inicial para visibilidade dos direitos. Mas também não garantia aos direitos humanos uma proteção extensa, considerando as constantes violações nos tempos de guerra.

Mesmo com a expansão normativa, aprofundamento de debates e discussões, não existe um tribunal universal de direito humanitário específico para efetivá-las. A partir da observação da necessidade de tutela em tempo integral,



mesmo não sendo tempos de guerra foi que adveio a conscientização e Direito Internacional dos Direitos Humanos passou a ser estruturado, com suas distintas dimensões, paralelamente com o Direito Internacional Humanitário.

Comparato explica o desenvolvimento histórico da luta de classes por detrás das conquistas do ser humano:

Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas. Os direitos humanos de proteção ao trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalistas, e, por isso mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores (COMPARATO, 2004: p. 53).

É nítido que os teóricos realista defendem que suas teorias explicam a forma que o mundo funciona. Desta forma, a moral não se mantém distante da teoria. Hans Joachim Morgenthau, pioneiro no campo de estudos da teoria das relações internacionais, afirmou que a procura entre equilíbrio de poder é uma característica de sistemas.

Delmas-Marty (2004) traz o desafio de como delimitar novos métodos que norteiem a pluralidade de normas e que não confronte a norma superior. A autora defende que somente se essa pluralidade for ordenável deve permanecer como jurídica e define os direitos humanos como "direito dos direitos". A necessidade de um "Direito Comum", título de uma de suas obras traz a importância de um direito acessível a todos, além do interesse das potências que transpasse os obstáculos de cada área do direito, alcançando um todo sem discriminação.

A teoria realista não se trata mais de discutir limites do universalismo pelo relativismo, mas de caminhar para uma solução. É inegável que existe de todas partes o interesse na condução do direito, o que se destaca na teoria realista é o diálogo a todo tempo com a filosofia, a preocupação com a fundamentação e convencimento de ser vista e aderida como a melhor para solucionar conflitos e valorização do indivíduo. Sem descartar, as repercussões indiretas na busca de concordância de direitos por meio da legitimação dos direitos humanos utilizando da ética.

A construção racional de um direito mundial adentra a teoria realista quando traz a realidade do mundo para sua fundamentação e convencimento. A dominação

e o poder alicerça a teoria realista, e os meios empregados para se alcançar a hegemonia iam dos mais agressivos até os de real importância, como os Direitos Humanos, isto justifica a íntima relação do Direito Internacional com a concretização dos Direitos Humanos, que visa tutelar, o direito a vida digna e condições de sobrevivência harmônica na sociedade.

Inobstante o reconhecimento da importância de garantias ao ser humano, não é o indivíduo o centro do sistema jurídico. E mesmo com todas as divergências e oposições, as teorias baseiam-se em alternativas para o Estado agir ou reagir as diversas situações que alcançam o conhecimento internacional.

A Teoria pressupõe a realidade. Ela também pode se anteceder e formar a realidade. Ou seja, que existe um mundo real onde as coisas acontecem. A separação da teoria dos acontecimentos históricos é a forma de pensar, porque a teoria realimenta o fazer da história. Seu entendimento do que o contexto histórico as permite fazer, as proíbe que façam ou requer que elas façam, e a maneira como formulam seus propósitos pela ação, são também produtos da teoria.

Delmas-Marty (2004) sinaliza que pluralismo não deve ser confundido com a pluralidade pois não faz ligação entre os sistemas e não constrói ordem comum. A abordagem dos Direitos Humanos Universais adentra a teoria realista justamente pela fundamentação teórica ser “o mundo como ele é”. Para a autora, mesmo com as dificuldades de encontrar equilíbrio nos Direitos Humanos que abarque as relações internacionais, se faz necessário uma avaliação temporal, onde o direito caminha junto ao desenvolvimento do mundo, inclusive aos conflitos, exigível de solução, colocando o direito como processo transformador da vida social.

O realismo assume que seu ponto não é o que o mundo deveria ser e sim como ele de fato é. Edward Carr (2001) levantou três pilares para teoria realista, dentre eles afirmou que a teoria não cria a prática, mas é criada pela prática. Sendo assim, a forma e a natureza de poder não são fixas, variam com o tempo, porém a objetividade do interesse político pode servir como ponto de partida para compreender os eventos. Delmas-Marty (2004) reconhece que variação de interações é o que faz o sistema instável, apresentando o pluralismo ordenado, como a possibilidade da universalização dos bens comuns. Já que os ideais de igualdade e liberdade, não se mostraram eficazes para garantir a estabilização da sociedade.

Desta forma, o poder decorrente de fatores egoístas e anárquicos assume uma função de grande importância nas Relações Internacionais, que ao adquirir a noção de conflito permanente, fundamentada na Teoria Realista das Relações Internacionais, influenciou diretamente o Direito Internacional.

Dilatando a terminologia de ação estatal ou função pública, aumentou os laços entre o Estado e a Sociedade, pontuando a legitimação das atuações privadas, transversalmente com os direitos fundamentais. O realismo jurídico, vai contra diversos entendimentos jusnaturalistas, defendendo um direito alicerçado em fatos sociais.

Na Teoria Realista, o Estado é colocado no centro das discussões, como ator principal das relações internacionais, atuando servindo ao interesse nacional. O poder é visto como forma do Estado se manter no meio internacional e seus reflexos começam a ser sentidos em áreas diversas, como os Direitos Humanos.

Nesta seara, o discurso sobre a valorização das garantias básicas do ser humano torna-se consensual, e todos Estados defendem a imprescindibilidade da proteção e do incremento das instituições garantidoras. O obstáculo maior é quando a teoria se depara com a prática. A pretensão e o clamor da universalidade dos valores humanos, encobre a política externa das nações que controlam o sistema internacional.

Neste sentido, é incontestável que o término dos conflitos armados a comunidade internacional preocupa-se com maior dedicação na defesa dos Direitos Humanos e dentro deles inclusos estão através da Declaração Universal dos Direitos Humanos o direito a diversidade de gênero e sexual. Ainda que a teoria realista sustente a teoria e pouca prática, discussões e debates na comunidade internacional se apresenta de total importância, para que fique explícito que os órgãos internacionais defendem os direitos humanos inerentes aos indivíduos e a coletividade, estabelecendo critérios uniformes para analisar sua violação.

Assim a hermenêutica cumpre seu papel de mapear, as principais referências teóricas para traçar o saber jurídico, adentrando diretamente nos saberes humanos, nas ciências humanas e na filosofia (SOARES, 2010).

Para tanto, se faz necessário afastar a literalidade, ou seja o engessamento das leis e partir para uma nova interpretação psicológica do Direito e do que é direito. Interpretando as circunstâncias concretas que influenciaram e seus marcos sociais que ocasionaram sua existência. Assim, a valorização do humano e de suas manifestações apresenta-se como marcador na criação e elaboração das leis, caminhando o legislativo rente à sociedade.

Os novos modelos de interpretação dos fenômenos humanos precisam progredir, vendo o homem como transformação constante e carente de interpretação. Ou seja, um ser mutável, que torna o direito mutável também, para que assim acompanhe os desdobramentos da vida em sociedade, sem perder a

dialeticidade, ou seja, o diálogo entre estado-sociedade, entre demandas e elaboração de leis.

Ao procurar compreender a construção histórica, a hermenêutica se depara com teorias como a realista que nos traz esta vertente, de uma ruptura da preponderância do interesse próprio para o interesse coletivo. Uma desconstrução de mundo que atinge o cenário internacional e alcança o direito interno, vez que por exemplo o Brasil ao assinar a Declaração Universal dos Direitos Humanos se dispõe a agir em prol da valorização de tais direitos através de políticas internas no seu país. Inegável, portanto, que as relações internacionais atingem o direito interno, ou seja que as transformações do mundo atingem nosso Estado e precisa-se efetivar o reconhecimento dos fenômenos sociais e demandas de gênero, com base principalmente na evolução dos direitos humanos que abarcou lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais nas suas diretrizes de proteção.

A evolução dos direitos humanos nos alerta para a necessidade de um Estado Democrático de Direito que priorize as relações humanas, os fenômenos sociais e todas as demandas que englobem e atinjam a qualidade de vida ou relação social do seu povo.

Ao contrário do que se acredita que os direitos humanos veio para desvalorizar a democracia, na verdade, apesar de todas as críticas, do descrédito a um direito fundamental, o que se tem com a sua valorização é, ainda há uma grande adesão aos valores democráticos. O Brasil conta com uma variedade de instrumentos para garantir que os direitos humanos sejam estendidos a todos os nossos cidadãos, como por exemplo os Estatutos. Mas na prática a realidade é outra e ainda não atingimos este objetivo.

A Constituição Federal de 1988 com os direitos fundamentais respaldados empodera o Brasil como um dos países com o mais completo ordenamento jurídico em relação aos direitos humanos. A maior preocupação é que mesmo tendo um forte aparato constitucional, ainda estamos defasados em questões de gênero, nos colocando em um estado permanente de violação de direitos humanos.

O nosso processo evolutivo consolidou o desenvolvimento da sociedade no reconhecimento da necessidade de afirmação dos direitos humanos, mas ainda não conseguiu a sua efetiva aplicação nos âmbitos de suas necessidades.

## **7 A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E A NECESSIDADE DE UM ESTADO SENSÍVEL AS DEMANDAS DE GÊNERO**

O estudo da sexualidade humana é de alta relevância, entretanto o olhar do Estado para as demandas de sexualidade e gênero é crucial para a disseminação do respeito a diversidade.

É imprescindível que o sistema estatal brasileiro esteja sensível a compreender as mudanças que ocorrem na sociedade e a necessidade de regulação que agregue e acompanhe esta evolução. A sexualidade é um direito a personalidade, sendo garantia constitucional a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a segurança portanto constitucional para a livre manifestação da identidade de gênero e sexualidade do indivíduo.

A liberdade de se portar ou expressar deve estar regulada com direitos e deveres pelo nosso Estado Federativo, vez que a sociedade por si só, não compreende a liberdade como prerrogativa natural do ser humano, necessitando intervenção através de regulação estatutária para que se norteie e não se viole os direitos da personalidade. Apesar da Constituição Federal ser a nossa norma regente, é ampla e carece de outros instrumentos para sua efetivação, dentre eles a necessidade de aprovação do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero.

Neste sentido, não se pode impor limites as possibilidades de tutela jurídico-constitucional dos direitos humanos e sociais. Principalmente no que diz respeito aos que causam impacto direto em processos sociais e políticas públicas. Colocando em discussão o sistema de proteção social no que concerne a direitos humanos e fundamentais, longe estamos de atender as demandas da atualidade e de suma relevância (SARLET, 2015).

Ainda que a instabilidade econômica do nosso país tome grande parte da atenção dos três poderes da União, não se pode considerar mesmo com a intensidade de acontecimentos que o Estado tem atendido a segurança social. A qualidade de vida está inclusa neste último, o qual engloba direitos e deveres para a população. Ficando a mercê de regulação a população LGBT, logo se depara com uma falha na prestação estatal de direitos sociais.

Neste sentido, as mudanças experimentadas na esfera jurídico-normativa, o desejo por uma estabilidade nas relações sociais e nas relações jurídicas concebe um valor fundamental de qualquer Estado que queira merecer ser chamado de Estado de Direito. Desta forma, resulta a ligação entre segurança jurídica e segurança social.

Por outro lado, o que se vê nem sempre é real, pois mesmo recepcionando a noção de direito social em nosso ordenamento jurídico, é necessário a tutela do Estado contra medidas que tenham o intuito a supressão de direitos adquiridos (SARLET, 2012).

Além de relutar por um sistema estatal que acompanhe a evolução da sociedade e não fique estagnado, é necessário exigir um sistema que além de estagnado também não retroaja suas decisões.

Com efeito, é possível afirmar que além de toda doutrinação, é possível encontrar tímidas jurisprudências que traz a noção da proibição do retrocesso. Sendo assim, constatando a necessidade de um Estado que se sensibilize as demandas de gênero e reforce sua ordem constitucional através de regulação estatutária.

Quando se aborda as políticas públicas e a disposição de programas governamentais sob a ótica das demandas de gênero, o intuito é ir além da identificação de políticas e programas que atendam ao LGBT, embora a identificação de tais políticas seja um momento necessário da própria pesquisa. Ao adotar a população LGBT como referência para a análise, chama-se a atenção para a construção social e histórica e para as relações sociais entre os sexos na tentativa de desmistificação destes conceitos, marcados em nossa sociedade por uma forte assimetria.

Historicamente marcados por uma cultura tradicional, também aponta-se a proibição de decisões contrárias a ordem constitucional, esta última chamada de proibição do retrocesso. Sendo assim, o reconhecimento desta proibição está ancorada no combate de uma eficácia negativa das normas, ou seja, uma repressão a quem tenta impor limites aos direitos fundamentais sociais. Não se pode admitir a aplicação de um retrocesso, seja ele por decisões ou omissão, reiterando portanto que em sentido amplo que tal atuação representa a defesa e proteção dos direitos contra medidas restritivas de direitos de cunho fundamental constitucional.

Ainda assim, é preciso ressaltar que ainda que reconhecida a proibição do retrocesso, tal autonomia será relativa e não deve se confundir com segurança jurídica. A segurança jurídica propriamente, com ênfase no direito adquirido, necessita de um diálogo com os direitos sociais, sem afetar a tutela dos direitos individuais.

É inegável que o LGBT não dispõe de legislação específica que os resguarde, vivendo a margem da sociedade, resistindo a favor da sua identidade de gênero e vocação sexual, o transgênero, o homossexual e aqueles que estão abarcados na diversidade sexual e de gênero, vivem diariamente exposto a riscos constantes, agressão física, psicológica e o preconceito velado, que é a exclusão das posições de visibilidade seja no mercado de trabalho seja no convívio social.



Exigir do Estado sensibilidade as demandas de gênero, é exigir um direito constitucional fundamental que deveria ser priorizado, o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, de ir e vir. As situações adversas enfrentadas por homossexuais e transgêneros nos remete a uma situação de alerta de prioridades do nosso país. Vale destacar que o Instituto Brasileiro de Geografia e estatística, no final do ano de 2016, estimou a expectativa de vida de um LGBT no Brasil, 35 anos de idade, sendo a população restante, cisgênero e heterossexual de 75 anos.

O preconceito, a intolerância a diversidade nos remete a uma situação caótica, necessitando de intervenção estatal de modo efetivo a combater tais números alarmantes. Os direitos humanos apresenta caminho para isso, sendo de grande relevância na viabilização da relações sociais e convívio dos seres humanos.

É neste contexto que se forma o Estado Democrático de Direito, com princípio basilar visando a garantir, sem ressalva, o direito a dignidade a pessoa humana.

Importante destacar que as possibilidades de amar se ampliaram. A demonstração de afetividade-sexual e a forma de se relacionar saíram da invisibilidade para firmar entendimento de sua existência, carecendo de sensibilidade do Estado para tal reconhecimento. Estas transformações de relacionamentos interpessoais, nos chama atenção para o fato de que as formas de regulação comportamental também se transforma. Ou seja, o que antes tinha um método de resolução hoje necessita de outro olhar, mais atento e efetivo para concretização da proteção jurídico-constitucional do direito LGBT.

Embora a tendência das decisões sejam no sentido de efetivar a proteção constitucional do direito LGBT, há uma tendência com fundamento na ótica liberal clássica que afasta a justiciabilidade do direito a diversidade de gênero. Argumentando que não é obrigação do três poderes controlar critérios de conveniência para atender demandas de uma pequena parcela da população (PIOVESAN, 2015).

Sob a ótica das relações sociais, a tendência jurisprudencial é afastar o retrocesso da sociedade, através da proibição do retrocesso. Entretanto, a jurisprudência oscila, já que o magistrado é composto por pessoas, estas carregadas de valores também arcaicos e apesar de o Direito sustentar a não interferência valorativa pessoal em decisões seja no judiciário, legislativo ou executivo, ainda somos regidos pela inconsciente educação conservadora que regeu a história brasileira, inclusive no recente regime ditatorial que fora superado a apenas 50 anos, tempo este considerado pequeno e os avanços da sociedade menores ainda.

Portanto, ainda é incipiente as provocações causadas por decisões de base para demandas envolvendo direitos sociais, revelando a tímida apropriação do Estado para buscar resolução de conflitos que envolvam o tema. No que concerne a gênero e sexualidade, tais provocações são mais esparsas ainda, delongando por debates superficiais e conservadores, o Estado dentro da sua Casa Legislativa ainda encontra resistência de bancadas religiosas na tentativa de afastar o direito reservado a população LGBT.

Ocorre que, a permissão de bancadas religiosas dentro da Casa legislativa revela uma afronta a laicidade do nosso sistema estatal. Este sistema perverso que se fundamentou em princípios religiosos para manter seus interesses pessoais, está mais que defasado na história, está ultrapassado e não mais aplicável em uma sociedade de grandes transformações e diversidade como a nossa sociedade brasileira.

Ainda que incipiente, os três Poderes em razão da sua interdependência são capazes de invocar um legado transformador e emancipatório, mas para isso a harmonia e o interesse coletivo precisam preponderar as discussões, as decisões, os entendimentos e sobretudo o combate através da proibição do retrocesso.

Há de se reinventar nosso sistema estatal, buscando cada vez mais a ampliação e abrangência a todos aqueles que carecem de seu olhar, para que assim efetive os direitos sociais, como direitos humanos nacional e internacionalmente garantidos e sustentados pelas grandes potências.

É necessário revisitar temas estagnados como o direito a diversidade sexual e de gênero, revisitar o Estatuto em trâmite no Senado, revisitar as demandas da sociedade, sobretudo com uma noção do mínimo existencial concernente as estas categorias. O Estado Democrático de Direito tem como tarefa assegurar a vida digna, o mínimo para subsistência, ou melhor para existência. Realidade distante se confrontada com o número de assassinatos a homossexuais e transgêneros (SARLET, 2015).

A partir do já exposto, percebe-se a incontestada necessidade de sensibilidade dos três poderes da União, a real necessidade de um novo olhar do Estado para uma população massacrada pela história e pela intolerância vigente. Tendo uma Constituição dita como a mais humana em nossa história, não se pode permitir que nosso sistema retroaja, nem sequer permaneça estagnado.

Com efeito, justamente pelo fato de reconhecer o poderio do Estado é que se busca tal reconhecimento, tendo-o como regente e organizador do nosso país, os três poderes, reitero, devem reconhecer a aplicação de uma noção de proibição

de retrocesso e desta forma, iluminar o campo da diversidade firmando direitos e deveres ao LGBT.

## **7.1 A INÉRCIA DO CONGRESSO NACIONAL**

Indene dúvidas da omissão legislativa de atenção ao direito a diversidade sexual e de gênero. Apesar de alguns avanços legais em proteção à discriminação e a violência contra mulher, à origem étnica, à raça e à cor, inclusive reformando o Código Penal, há ainda uma defasagem de representação política e de proteção legal ao LGBT no Brasil.

O descaso do poder estatal brasileiro em relação às minorias sexuais é tão grande que até hoje tramita o projeto de lei do Estatuto da Diversidade Sexual e de gênero. Contabilizam-se nove Paradas da Diversidade Sexual e Combate a Homofobia, objetivando a consolidação do direito à cidadania.

Alguns estados brasileiros possuem comissões de combate a intolerância sexual, mas enquanto a mais alta patente não reconhecer a existência de um olhar cauteloso porém emergencial para as demandas de gênero e sexualidade, a evolução virá a passos lentos. Não é possível, que o nosso sistema despreze as diferenças, não enxergando a necessidade e emergência de uma política de reconhecimento que preserve a integridade das minorias sexuais.

O enaltecimento dos princípios jurídicos vem sendo acompanhado por uma constitucionalização de princípios éticos, apoiando-se em sua utilização para fundamentação de processos decisórios e hermenêuticos (SOARES,2010). Vale destacar que a República Federativa do Brasil possui como um de seus objetivos fundamentais promover o bem de todos, sem qualquer espécie de discriminação.

A inércia do Congresso Nacional é o que faz essas decisões intercaladas e gradativas através de matérias de repercussão geral analisadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, como a mais recente decisão de criminalização da transfobia e homofobia por exemplo. Diante de certas situações em que não há uma mediação clara entre a Constituição e seus destinatários, o legislativo não ocupou o espaço que lhe cabia e por esta razão direitos que deveriam ser garantidos estão ao léu.

A busca por soluções de conflitos, por um consenso que faça nosso sistema estatal de forma efetiva se arrasta por anos, inclusive entre discussões de Ministros do STF e o Legislativo. O Judiciário agindo de forma independente possui condão para assumir posições antipáticas, assumindo os riscos, inclusive de acusação duríssima de que está usurpando função legislativa.

O fato é que se a Constituição consagra os princípios da eficiência, igualdade, moralidade, impessoalidade, a todas as luzes o falta de legislação específica que abarque o LGBT é uma colisão frontal e mortal a esses quatro princípios.

A ausência de atuação do legislativo, é um impasse que cria indisposições com Supremo Tribunal Federal. Neste bate-rebate, quem sofre com os reflexos da inércia do legislativo são as minorias que seguem desamparadas de legislação específica. Ainda neste sentido, o Poder Executivo não demonstra qualquer sensibilidade as demandas de gêneros, usando de um excesso de medidas provisórias que nada tem urgência para o país nem sequer relevância. Ou seja, o nosso sistema que deveria agir em consonância e harmonia em razão de sua interdependência, age de forma isolada sem diálogo entre si, dificultando ainda mais o reconhecimento das demandas do povo.

Na sociedade pós-moderna, a preponderância de um super individualismo reflete na construção da moral e da ética. Nesse seguimento é que pontos essenciais ganham atenção no contexto da democracia, através de um confronto direto entre deveres coletivos e interesses pessoais. Resgatar o papel do Estado como garantidor de direitos e deveres, inclusive direitos fundamentais talvez tenha sido a maior saga do nosso atual cenário político brasileiro.

O Estado tem que estar na escuta da sociedade civil, sendo eficaz em suas normas e em sua atuação, representando o interesse da população que o elegeu. Através da sua autonomia, o hiperindividualismo afeta o homem público no sentido de que, ao invés de estreitar laços com a sociedade, o sistema estatal retirou de seu foco meios que viabilizassem uma administração eficiente, com objetivo nos resultados. Ou seja, cabe ao governo superar os interesses isolados e se preparar para o futuro mas com atenção nas demandas presentes, e nas demandas passadas que seguem carecendo de sua regulação. (LIPOVETSKY,2004)

Diante da transformação da sociedade, os investimentos em educação, é a base para uma geração crítica que perceba a influência dos três poderes da União e cobre de seus governantes atuação imediata de suas demandas. Estamos diante de um enfrentamento do futuro e sem abrir precedentes do presente para que seja norteado o melhor caminho a seguir para uma sociedade justa e igualitária.

Tais indagações nos remete a questionar se o poder precisa controlar o poder, a despeito de um risco de contínua corrupção afetar a aplicação das leis e este não tem feito, a inércia portanto do legislativo é incontestável.

Voltar atenção ao fortalecimento institucional é fundamental para observância das leis e da ética. Esta revolução de ideais, resultou na perda de confiança no estado e na justiça. Aqueles que deveriam ser atuantes em prol da

sociedade, tendo a democracia como ponto chave justamente a relação estado-sociedade, se este primeiro distância do que preceitua nossa Constituição, perde-se a direção de uma sociedade justa e igualitária (LIPOVETSKY, 2004).

Neste diapasão, cria-se a ação e a reação. A inércia do sistema estatal impacta em uma sociedade criadora de suas próprias leis, com aumento inclusive da violência a população LGBT. Não se pode negar que os impactos de um Estado voltado ao social resulta em políticas públicas de qualidade.

O que se tem, todavia, é a desconfiança nos políticos e na própria política, que se instituiu em razão de um individualismo irresponsável, capaz de olhar para seu próprio interesse e não do coletivo.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Retomando o objetivo geral do presente trabalho é demonstrar a possibilidade de regulamento e conjuntos de regras de organização e funcionamento de uma coletividade, que garanta a igualdade de gênero no Brasil e defender a importância da aprovação do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, apresentado pelo Conselho Federal da OAB, presidido por Maria Berenice Dias, jurista, advogada e ex-magistrada brasileira, com foco em garantir o direito de viver, de amar e de ser feliz, seja qual for a sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Resgatando os objetivos específicos de como está respaldada na Constituição Federal a necessidade de regulação estatutária na luta contra a desigualdade de gênero no Brasil. Ainda neste sentido aprofundando a discussão do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero, apresentado pelo Conselho Federal da OAB em 2017 e como os poderes da União podem ajudar na aprovação e sua intervenção na garantia de direitos fundamentais e consagração a dignidade da pessoa humana e os princípios da igualdade e da liberdade, bem como a não discriminação.

Apesar dos avanços no que concerne ao direito LGBT, tem-se, contudo, um longo caminho a percorrer na desmistificação de sexo, gênero e sexualidade. Ainda se faz necessário inquietar a sociedade para produção de compromisso e responsabilidade que esta tem com a tolerância e o respeito a diversidade sexual e de gênero, afastando os padrões arcaicos, desconstruindo a falsa moralidade de erotização do LGBT, como também reformular os conceitos de sexo, gênero e sexualidade.

A desconstrução de pré-conceitos e tornar inutilizáveis termos discriminatórios, o reconhecimento de uma sociedade, são avanços ainda a serem alcançados. Percebe-se ainda barreiras perpetuadas historicamente, seja através da religião, seja através da dita moral que impedem o reconhecimento da sexualidade como algo inerente do ser humano.

Devemos entender que apesar dos avanços da jurisprudência e entendimentos da Suprema Corte em prol do direito LGBT, a nossa sociedade segue marcada por uma construção secular de intolerância, violência e discriminação a diversidade sexual e de gênero. E isto resultou em tornar o Brasil líder do ranking dos países que mais mata LGBT no mundo. Tal colocação não deve ser motivo de orgulho. É neste contexto que o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero se apresenta em trâmite no Senado como projeto de Lei, carecendo de aprovação, vez que, incontestemente os reflexos dos três poderes da União na sociedade. A regulação estatutária é afirmação do direito a personalidade, a dignidade da pessoa humana e de que nosso país que assinou a Declaração Universal dos Direitos Humanos está realmente priorizando os direitos humanos.

Nossos marcos históricos internacionais ainda nos trazem fundamentação da evolução da sociedade e da necessidade de acompanhamento de seus governantes deste novo desdobramento que alcançou até o cenário internacional, através da Organização das Nações Unidas. Ainda nesse seguimento, teorias como a realista nos mostra a ruptura de um padrão arcaico e a necessidade inovação de políticas que estejam cada vez mais voltadas ao humano, assim em consonância se faz também a proibição do retrocesso, afim de combater além da inércia do Estado que este não retroaja em seus entendimentos e decisões. A teoria realista ainda nos traz a magnitude das sociedades, sob a ótica de esta última é constituída por indivíduos em incessante processo de transformação. Percebendo o pluralismo da sociedade em um caminho rumo aos direitos humanos.

Embasado nos direitos fundamentais, o direito social se apresenta na relação do sistema estatal com as demandas sociais e com as minorias, para que efetive direitos individuais de um cidadão e da comunidade LGBT, reprimida e ofuscada, gritando literalmente nas ruas por legislação específica que as proteja nos mostra suas necessidades. E também aponta as carências de uma sociedade violenta que precisa passar modulação de valores, estes que vem de cima pra baixo através de reconhecimento jurídico.



A análise da eficácia dos direitos e garantias aqui discutidos obtida, em geral, por cuidadosa interpretação e análise casuística, nos levou a conclusão de que o Estado Democrático de Direito está defasado e desatualizado ante condições de sobrevivência harmônica na sociedade. Diante de um mundo em constante transformação, a ciência do Direito precisa acompanhar novas relações determinando seus seguimentos, superando interesses isolados e valorizando o coletivo.

A diversidade tem sido usada para hierarquização como poder, para afirma que uns são considerados "normais" e outros não. A conceituação dos direitos humanos com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana estabelece um seguimento de igualdade comum a todos. Porém, ao invés de tal entendimento permanecer no papel, precisar atingir a realidade. Neste sentido que a pesquisa pode dar contribuições para além de constatar uma realidade embrulhada por intolerância, também demonstrar a necessidade de regulação e a melhoria na qualidade de vida se assim aprovado o Estatuto da Diversidade Sexual e de gênero.

Os empecilhos impostos a liberdade e ao direito de personalidade, não tenhamos dúvida que estão presentes desde os primórdios da humanidade e por isso refletem até então. Se os princípios constitucionais não forem elevados, a consequência é a sociedade prejudicada. Lesando não apenas o Direito no que se refere a sua organização estrutural para manutenção de um Estado Democrático, mas também o direito a diversidade sexual e de gênero.

A atual geração cresceu em uma sociedade com marcas profundas de desigualdade social, esforço para democracia e resistência a igualdade. No curso deste processo, ocorreram também mudanças nas concepções de gênero e sexualidade, afetando o padrão heteronormativo. Esta pesquisa buscou compreender até que ponto o Estado interfere na vida de um cidadão e quais são as formas destes impactos serem em benefícios da sociedade. Assim, importa reconhecer a vastidão dos horizontes aqui abertos a esta geração, mas sem esquecer de contextualizar o processo histórico em que se deu, tanto em nosso país quanto nas relações internacionais.

Todos acontecimentos que influenciam o suporte dos direitos humanos, sejam entendimentos jurisprudenciais ou doutrinários nos levam a crer no direito a cidadania do LGBT, a necessidade de sustentação de um país laico sem o viés religioso dominante e determinante de condutas morais. Todas as questões que envolvem gênero e sexualidade eram e ainda estão invisíveis para a sociedade, a

ressignificação da dignidade da pessoa humana e reafirmação de direitos em virtude do aumento da violência ao LGBT nos traz o alerta de fatores preponderantes capazes de mudar a direção em que o brasileiro tem seguido.

Apesar de tantas modificações aqui citadas no seio da sociedade, o nosso sistema estatal permanece inerte diante das modificações estruturais e no modo de vida da família brasileira, sem trazer contribuições no processo de influência da desmistificação de valores regentes, sendo o principal o respeito a diversidade.

Neste sentido, reafirmar-se a problematização em torno do tema que se faz necessário, assim como a aprovação do Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero afim de que aspectos invisíveis se tornem, sobretudo, respeitados e ganhem vida nas lacunas deixadas pelo desmazelo estatal, entre formulações de políticas públicas o que se busca é sua efetiva aplicabilidade e regulação protetiva do direito a diversidade sexual e de gênero, garantindo qualidade de vida e o direito à vida aqueles englobados na vasta diversidade.

## REFERÊNCIAS

ANGHER, A. J. **Vade mecum acadêmico de direito Rideel**. Rev. atual. e ampl., v. 11., 15. ed., 2056 p., São Paulo: Rideel, 2012.

BARBOSA, Rui. **Orações aos moços**. Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro/RJ, p. 26, 1999.

BRASÍLIA. Senado Federal. **Anteprojeto de lei para instituir o Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero**. Institui o Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero e altera o art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.656/1942); os arts. 10, 551, 1.240, 1.514, 1.517, 1.535, 1.541, 1.565, 1.567, 1.597, 1.642, 1.664, 1.723, 1.726 e 1.727 do Código Civil (Lei 10.406/2002); arts. 21, 29, 57, 58, 70 e 109 da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/1973); arts. 42 e 140 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990); art. 3º da Lei 8.560/1992; arts. 5º, 320, § 3º, 392-A e 473 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452/1943); arts. 16, 18, 25, 26, 28, 39, 71, 71-A, 72, 73, 110 e 124 da Lei que regula os Planos de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/1991); arts. 3º, 5º, 16, 25, 29, 30, 31, 60, 65, 93, 93-A, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 102, 120, 162 e 167 do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/1999); arts. 184, 196, 199, 208, 209, 210 e 241 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais (Lei 8.112/1990); art. 1º da Lei 9.029/1995; art. 77 do Dec. 3.000/1999, que regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de qualquer natureza; art. 55

da Lei 6.815/1980; arts. 61, 121, 129, 140 e 288 do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940); art. 448 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941; art. 41da Lei das Execuções Penais (Lei 7.210/1984); arts. 232 e 235 do Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001/1969); art. 69-A do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/1980); arts. 1º, 3º, 4º, 8º e 20 da Lei do Racismo (Lei 7.716/1989); bem como a revogação da Lei que cria o Programa Empresa Cidadã (Lei nº 11.770/1978). Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701>>. Acesso em: 11 dezembro 2019. Texto Original.

BEARZOTI, P. Sexualidade: um Conceito Psicanalítico Freudiano. **Arq. Neuro. Psiquiatr.** v. 52, n. 1. São Paulo/SP, 1994.

BEAUVOIR, S. **O segundo sexo**. 6. ed, p.54, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BENTO, B. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. 251 p., Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2006.

BENTO, B. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer; apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BORRILLO, D. **Homofobia: História e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte/MG: Autêntica, 2010.

BOURDIEU, P. **Sobre o poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz, p.07-16, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

BRASIL. **50 anos de golpe**: a ditadura militar no Brasil. São Paulo: Abril, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direitos Fundamentais Sociais**. 2. ed. 2015.

CARR, E. H. **Vinte Anos de Crise: 1919-1939**. Uma Introdução ao Estudo das Relações Internacionais. Trad. Luiz Alberto Figueiredo Machado. Brasnia, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais. v. 28, 305 p., Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Universidade de Brasília, 2001.

CHAUÍ, M. **Participando do debate sobre mulher e violência**. In: Várias autoras, *Perspectivas Antropológicas da Mulher*, n. 4, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1985.

CHOERI, R. **Transexualismo e identidade pessoal: cirurgia de transgenitalização**. In: BARBOSA, H. H.; BARRETO, V. P. (org). Temas de Biodireito e de Bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3º Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DA SILVA, F. M. A. **Direitos Fundamentais**. 2003. Disponível em <<http://www.direitoneto.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>> Acesso em: 15 Out. de 2019.

DAHL, R. A. **Sobre a Democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DELMAS-MARTY, M. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DIAS, M.B. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo: Obra Coletiva/ coordenação. **Rev. dos Trib.** 1. ed.: São Paulo/SP, 2011.

FOUCAULT, M. **A história da Sexualidade**. v. I, II e III, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, M. A. **História da Loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectiva, 1997.

GROSSI, P. K.; IBIAS, C. I. Violência contra a mulher não tem idade. In: P. GROSSI e G. WERBA. Violências e Gênero. Coisas que a gente não gosta de saber. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

HOBBS, T. **Leviatã: Ou Matéria, Forma E Poder De Uma República Eclesiástica E Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JUNQUEIRA, R. D. **Educação e homofobia**: O reconhecimento da diversidade sexual para além do multiculturalismo liberal. In: JUNQUEIRA, R. D. (Ed.), Diversidade sexual na Educação: Problematizações sobre a homofobia nas escolas (pp. 367-444). Brasília, DF: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2009.

LIPOVETSKY, G. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: BARCAROLLA, 2004.

LOCKE, J. **Os pensadores**: segundo tratado sobre o governo. p. 35. São Paulo, 1978.

LOURO, G. L. **Heteronormatividade e homofobia**. In R. D. Junqueira (Ed.), *Diversidade sexual na Educação: Problematizações sobre a homofobia nas escolas* (pp. 85-94). Brasília, DF: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2009.

LOURO, G. L. Teoria queer: Uma política pós-identitária para a educação. **Rev. Est. Fem.**, v. 2, n. 9, p. 541-553, Florianópolis/SC, 2001.

LOURO, G. L.. **Gênero, sexualidade e educação. Uma perspectiva pós-estruturalista**. p. 14-36, Petrópolis/RJ: Vozes, 1997.

MENEZES, W. **O Direito Internacional Contemporâneo e a teoria da transnormatividade**. In: *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. p. 961-1004. Rio de Janeiro: Renovar, 2008,

MONTESQUIEU, C. L. **Do Espírito das Leis – in Coleção Os Pensadores - Montesquieu**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MONTESQUIEU, C. S. **O Espírito das leis**. Tradução: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 20. ed., p.3, São Paulo: Atlas. 2006.

MOTT, L.; CERQUEIRA, M. **As travestis da Bahia e a Aids**. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 1997.

OLIVEIRA, A. M. A. **Direito de Autodeterminação Sexual**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948.

PERES, A. P. A. B. **Transexualismo: o Direito a Uma Nova Identidade Sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIAZZETA, N. O. **O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero**. Porto alegre/RS: Livraria do Advogado, 2001.

PICAZIO, C. **Sexo secreto: temas polêmicos da sexualidade**. São Paulo: Summus editorial Ltda, 1999.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeus, interamericano e africano. Rev. ampl. e atual. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. 391 p., São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSS, A. **On Law and Justice**. London: Stevens & Sons, 1958.

SARLET, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. **Rev. Atual e ampl.** 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, I. W. **Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado**: algumas notas sobre a evolução brasileira. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2012.

SARMENTO, D. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed., p. 212, São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

SOARES, R. M. F. **O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva 2010.

VENTURA, M. **A transexualidade no tribunal**: saúde e cidadania. 1 ed. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2010.