

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1043

(Ano XIII)

(23/10/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Acordos de discricionariedade regrada no processo penal e a objeção de consciência

Eduardo Luiz Santos Cabette, 08.

ARTIGOS

Direito administrativo sancionador e consensualidade: Uma Análise da Regulação do Acordo de Relicitação em Contratos de Parceria

Fernando Bernardi Gallacci, 14.

O direito processual constitucional como ciência jurídica autônoma

Arquimedes Torres de Melo Revoredo, 43.

Abandono digital e a responsabilização dos pais frente aos efeitos nocivos ocasionados pelo excesso no uso do ambiente virtual

Rayana de Araújo Azevedo e Ana Clara Oliveira Leal de Carvalho, 58.

A influência da pandemia do Covid-19 para o efetivo cumprimento dos meios tecnológicos previstos no CPC e a contribuição para a advocacia 4.0

Júlia Aguiar Whitaker Guimarães, 79.

O benefício da prestação continuada como instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana

João Paulo Monteiro de Lima, 92.

O estupro frente ao Código Penal brasileiro

Eduarda de Souza Pacheco, 109.

Maus-tratos aos animais no ordenamento jurídico brasileiro e a nova Lei nº 14.064/20 (Lei Sansão)

Bianca Sória, 125.

O fomento público no Estado promocional: um estudo a partir da experiência do Estado do Rio de Janeiro

Rafael Cascardo Cardoso dos Santos, 142.

Mutação constitucional na era do ativismo judicial: efeitos no ordenamento jurídico brasileiro

Pedro Henrique Carvalho Souto, 177.

Os limites da liberdade de expressão estabelecidos pela CF/88 e o direito de resposta com base na Lei 13.188/2015

Laiane Oliveira Fernandes, 207.

Mulheres transgêneros e transexuais em relação a Lei Maria da Penha

Fabiane Cristina Cavalcante Silvério de Lima, 224.

O que caracteriza o assédio moral no ambiente de trabalho os prejuízos decorrentes desta prática

João Paulo Melo Farias, 236.

Os impactos causados pelo uso indevido de dados pelos fornecedores e a proteção ao consumidor

Carolina Marques de Castro Silva e Mariane Silva de Andrade, 252.

Análise comparativa dos procedimentos de inventário e arrolamento no CPC/2015

Vitor Paiva Fiorindo, 271.

Usucapião familiar: uma proteção ao direito à moradia e a família desamparada

Marina Gomes dos Anjos Evangelista, 280.

O retrocesso constitucional no âmbito cultural: um estudo a partir do caso brasileiro

Rafael Cascardo Cardoso dos Santos, 290.

A tradição republicana e seu potencial emancipatório

Rafael Cascardo Cardoso dos Santos, 312.

União estável e direitos dos companheiros

Rafael dos Santos Ferreira, 335.

Controle judicial do ato administrativo discricionário

Flávio Alves do Nascimento, 353.

Análise do artigo 187 do Código Civil brasileiro

Felipe Bock, 375.

Procedimentos de Direito de Família no CPC/2015: teleologia e importância da consensualidade

Vitor Paiva Fiorindo, 397.

Um ponto cego da normatividade hegemônica: o caso da prisão preventiva para réus ciganos

Rafael Cascardo Cardoso dos Santos, 407.

As consequências do armamento na sociedade brasileira

Vinicius Alves dos Reis, 430.

O direito agrário em face da função ambiental da propriedade rural e da busca pelo desenvolvimento sustentável dos meios de produção

Dayane Cristina Adamo dos Santos, 443.

A defesa dos direitos e dignidade dos animais não humanos diante a cultura de entretimento e o entendimento do ordenamento jurídico

Aline Cristina Silva Neves, 456.

A privatização dos estabelecimentos prisionais brasileiros

Thiago Coelho Silva, 471.

ACORDOS DE DISCRICIONARIEDADE REGRADA NO PROCESSO PENAL E A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

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

1 – INTRODUÇÃO

Em palestra sob a coordenação do Professor André Dias Fernandes, o Professor Juliano Taveira Bernardes dissertou acerca da questão da Objeção de Consciência. Em dado momento, houve uma indagação muito interessante que fez uma aproximação entre o Direito Constitucional e as searas Penal e Processual Penal. Questionou-se sobre a pertinência da consideração da Objeção de Consciência em casos de ANPP (Acordo de Não Persecução Penal).¹

Essa dúvida, muito bem suscitada no evento, nos levou a buscar uma resposta fundamentada, que será o objeto deste trabalho.

Iniciar-se-á por uma breve apresentação das linhas conceituais e históricas básicas da Objeção de Consciência e, no seguimento, serão apresentados em sua dinâmica legal os diversos acordos de discricionariedade regrada, intentando-se uma resposta fundamentada ao questionamento acima referido.

Ao final serão repassadas as principais ideias expostas em síntese conclusiva.

2 – OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

A Objeção de Consciência é tratada na Constituição brasileira como um Direito Fundamental, conforme exposto no artigo 5º., inciso VIII, CF. “In verbis”:

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.

¹ BERNARDES, Juliano Taveira, FERNANDES, André Dias. STF em Debate: Objeções de Consciência. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=F56O8ez2SHE&t=764s>, acesso em 20.09.2021.

O autor lusitano António Damasceno Correia alerta para a dificuldade em fornecer um conceito seguro de Objeção de Consciência, considerando tratar o tema de fenômenos multifacetados, o que implica nos perigos de apresentar uma conceituação muito ampla ou muito restrita. Assim sendo, opta o autor por expor, em lugar de um conceito fechado, os “requisitos característicos” da Objeção de Consciência, referindo-se à sua dimensão externa, interna e método de atuação do objetor ou modo de execução do direito em destaque:

Em primeiro lugar, o traço mais característico da objeção de consciência traduz-se na recusa de obediência a uma norma jurídica, ou na submissão a uma diretriz de uma autoridade pública, ou ainda, na rejeição de uma proposta ou comportamento imposto. Esta dimensão externa que podemos considerar como a mais notória em termos sociais, representa precisamente a sua faceta mais polêmica e a que causa maior reação e impacto na opinião pública.

Em segundo lugar, esta recusa ou rejeição fundamenta-se em motivos ou razões invocadas pelo foro íntimo do objetor. Esta extensão interna da objeção de consciência, porventura o seu aspecto mais importante, é que impede a atuação do objetor, ou seja, a obediência a um comportamento imposto ou a realização de um específico ato. (...) é oportuno afirmar (...) que os motivos que se encontram subjacentes à atuação do objetor fundamentam-se quer nas clássicas razões de ordem religiosa, filosófica e moral, quer nas modernas ponderações de ordem humanitária, política, social, ética ou ainda em outros fundamentos do mesmo gênero.

A estes dois requisitos essenciais acresce ainda um terceiro elemento que pode também caracterizar o comportamento do objetor: trata-se da utilização da não – violência como método de atuação. 2

Prossegue o autor afirmando que a Objeção de Consciência constitui um “corolário da liberdade de consciência e de convicção”, tendo inspiração eminentemente “personalista”, calcada na “afirmação do primado e da autonomia da pessoa humana”, enquanto “vetor essencial numa sociedade livre e democrática”. 3

Na doutrina nacional recorreremos ao autor mencionado na introdução deste texto, Juliano Taveira Bernardes, em conjunto com Olavo Augusto Vianna Alues Ferreira, os quais não se furtam a apresentar um conceito objetivo e conciso da Objeção de Consciência:

A escusa de consciência é prerrogativa personalíssima assegurada ao indivíduo para eximir-se do cumprimento de determinadas obrigações coletivas, sem perda

2 CORREIA, António Damasceno. *O Direito à Objeção de Consciência*. Lisboa: Vega, 1993, p. 18.

3 Op. Cit., p. 18 – 19.

de direitos subjetivos, por motivos ligados a **crenças religiosas** ou a **convicções filosóficas** ou **políticas** (grifos no original). 4

Os autores em destaque chamam a atenção para a “origem filosófica” do tema na obra clássica de Sófocles, “Antígona”, que se recusa a deixar de dar um funeral digno a seu irmão, enfrentando uma determinação injusta do rei Creonte. Também apontam para diversas passagens bíblicas do velho e do novo testamento em que há alusões à mesma questão. Destacam ainda no “contexto histórico” a prática da Objeção de Consciência no “Cristianismo Antigo” e, mais proximamente, na objeção à guerra como ocorre no exemplo de São Cipriano, o que deixa muito clara a razão pela qual é clássica a Objeção de Consciência com relação ao cumprimento de “obrigações militares”. Não obstante o reconhecimento da Objeção de Consciência como “instituto jurídico”, na condição de “direito individual” somente ocorre no início do século XX, primeiramente em legislações ordinárias e depois se convertendo em normas constitucionais de vários ordenamentos. No Brasil a constitucionalização ocorre na Carta de 1946 (artigo 141, § 8º). 5 Como já visto, na atual ordem constitucional a Objeção de Consciência é prevista como “Direito Fundamental” no artigo 5º., inciso VIII, CF.

Importa notar que a Objeção de Consciência atualmente supera aquela clássica ligação com as obrigações militares, a mantendo, mas expandindo seu espectro de influência e reconhecimento para diversas situações que não são objeto de fixação “*numerus clausus*” pela legislação constitucional ou mesmo ordinária. Não há, portanto, taxatividade quanto às situações em que a Objeção de Consciência pode ser exercitada (“*numerus apertus*”). 6

Conforme explicam Bernardes e Ferreira, chamando à colação o escólio de Borowski, a não taxatividade se impõe à Objeção de Consciência pela sua própria natureza indefinida e indefinível, de forma a não poder jamais ser totalmente previsível. 7

3 – ACORDOS DE DISCRICINARIEDADE REGRADA OU REGULADA NO DIREITO BRASILEIRO E A OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

A partir da recepção em nosso ordenamento jurídico da chamada “Discricionariedade Regrada ou Regulada”, ensejando um abrandamento, sob controle

4 BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alues. *Direito Constitucional*. Tomo II. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 170.

5 Op. Cit., p. 170.

6 Op. Cit., p. 173.

7 Op. Cit., p. 173.

legal, do “Princípio da Obrigatoriedade” da ação penal⁸ ocorreu o surgimento de várias espécies de acordos no âmbito processual penal, com proposta e aceite de penalidades (não privativas de liberdade) ou premiações por colaboração (Direito Premial).

São exemplos desse novo modelo de “Justiça Consensuada”⁹ ou de “Justiça Negociada”¹⁰ institutos como a Transação Penal, o Acordo de Não Persecução Penal, a Suspensão Condicional do Processo e a Colaboração Premiada.

Em todos esses casos é possível haver um acordo entre o titular da ação penal e o suspeito, sendo fato que este segundo, para se beneficiar de tais institutos, haverá de cumprir certas condições apresentadas pelo órgão acusador.

A dúvida a dirimir é se o Ministério Público tem o dever de respeitar em suas propostas de acordo eventual Objeção de Consciência do envolvido.

Como já visto, a Objeção de Consciência é um *Direito Fundamental Individual de caráter constitucional*. Nesse passo certamente se insere dentre os chamados “direitos públicos subjetivos”, ou seja, aqueles direitos que o indivíduo pode exigir cumprimento perante o Estado. Neste sentido vale retomar os ensinamentos de Bernardes e Ferreira, segundo os quais se deve considerar “a escusa de consciência, ao menos no sistema brasileiro, um *direito público subjetivo* a ser utilizado em face de obrigações coletivas decorrentes de ato normativo dos poderes públicos” (grifo no original).¹¹

Assim sendo, não parecem restar maiores dúvidas quanto ao fato de que a proposta de acordo em qualquer caso deve respeitar eventual escusa de consciência, optando por prestação alternativa que não prejudique o interesse coletivo e respeite, concomitantemente, o direito individual envolvido. Como já visto, o direito de escusa não é estabelecido na Constituição em rol de hipóteses taxativas, de modo que cada caso concreto merece avaliação particular.

Observe-se que no regramento legal do Acordo de Não Persecução Penal, há previsão no artigo 28, § 5º., CPP, de que o Juiz, em considerando haver inadequação, insuficiência ou *abusividade* nas condições dispostas no acordo, deverá restituir os autos ao Ministério Público para reformulação da proposta em consonância com o investigado

8 GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 97.

9 GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de Justiça Criminal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1997, p. 154.

10 PEREIRA, Cláudio José. *Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 85.

11 BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alues, Op. Cit., p. 176.

e seu defensor. E acaso não haja regularização o juiz poderá recusar a homologação (artigo 28, § 7º., CPP). 12 E essa *abusividade* certamente pode se configurar no desrespeito de eventual Objeção de Consciência quando, por exemplo, se pretenda impor como obrigação a ser cumprida o trabalho comunitário a um médico em serviço de realização de abortamentos legais, sendo fato que tal profissional se opõe a essa espécie de conduta, ainda que legalmente amparada, devido a uma convicção ética, filosófica ou religiosa. Prosseguindo, na Transação Penal, o artigo 76, § 3º., da Lei 9.099/95 impõe o controle jurisdicional da proposta a ser homologada e ainda prevê a possibilidade de apelação contra a sentença homologatória, de acordo com o disposto no § 5º. do mesmo dispositivo. No mesmo passo segue a Suspensão Condicional do Processo sob controle jurisdicional (artigo 89, § 1º., da Lei 9.099/95), deixando ainda claro que as condições exigidas do implicado para o acordo devem ser adequadas à sua “situação pessoal” (artigo 89, § 2º., da Lei 9.099/95). Diverso não é o caso da Colaboração Premiada, a qual também é submetida ao controle jurisdicional de legalidade nos termos do artigo 4º., §§ 7º. a 8º., da Lei 12.850/13. Portanto, também na colaboração, não seria admissível impor àquele que alegue escusa de consciência, por exemplo, o benefício de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade no trabalho de auxiliar de armeiro em instituição militar, acaso a pessoa seja adepta do pacifismo e contrária ao manejo de armas de fogo. Assim também inviáveis prestações de serviços aos sábados com relação a pessoas que professam determinadas religiões que impõem dogmaticamente a vedação de atividades nesse dia da semana.

Em todos os casos de cláusulas abusivas que violem escusa de consciência, a primeira providência será acionar o Juiz de Direito responsável pelo controle de legalidade no caso concreto. Em não havendo resultado, será sempre cabível o remédio constitucional do “Habeas Corpus”, apontando como autoridade coatora o órgão do Ministério Público que viola o direito de objeção.

4 – CONCLUSÃO

Abordamos no decorrer do presente trabalho a questão da possibilidade de alegação de Objeção de Consciência e o respeito a tal assertiva, nos casos de acordos de discricionariedade regrada ou regulada no Processo Penal.

A partir de uma rápida e sumária revisão histórica e conceituação do instituto da escusa de consciência, bem como de sua definição como um “Direito Fundamental Individual”, que se conforma como “Direito Público Subjetivo” exigível perante o Estado, chegou-se à conclusão de que, nos casos de propostas de acordos acima mencionados, há

12 LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 233. FABRETTI, Humberto Barrionuevo, SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Comentários ao Pacote Anticrime*. 2ª. ed. Barueri: Atlas, 2021, p. 107.

que respeitar a eventual objeção de consciência quanto às obrigações a serem assumidas pelo envolvido, buscando o equilíbrio entre o interesse social e os direitos individuais.

No caso de violação do direito de objeção de consciência, deverá o Judiciário exercer seu controle de legalidade e, acaso não se resolva a questão de imediato, cabível será a impetração do remédio constitucional do "Habeas Corpus".

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Juliano Taveira, FERNANDES, André Dias. STF em Debate: Objeções de Consciência. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=F56O8ez2SHE&t=764s> , acesso em 20.09.2021.

BERNARDES, Juliano Taveira, FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alues. *Direito Constitucional*. Tomo II. 10ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

CORREIA, António Damasceno. *O Direito à Objeção de Consciência*. Lisboa: Vega, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de Justiça Criminal*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime*. Salvador: Juspodivm, 20020.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo, SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Comentários ao Pacote Anticrime*. 2ª. ed. Barueri: Atlas, 2021.

PEREIRA, Cláudio José. *Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E CONSENSUALIDADE: UMA ANÁLISE DA REGULAÇÃO DO ACORDO DE RELICITAÇÃO EM CONTRATOS DE PARCERIA

FERNANDO BERNARDI GALLACCI:

Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Professor Visitante do MBA de Saneamento Ambiental da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo – FESPSP. Advogado.

Resumo: A previsão da relicitação na Lei nº 13.448/2017 trouxe a impressão de que somente o Governo Federal poderia se valer desta ferramenta para novos contratos, e somente poderia fazê-lo em setores específicos de infraestrutura. Este artigo buscará investigar se isto realmente é verdade, analisando as competências da Administração para celebrar acordos voltados à relicitação de contratos de parceria. Ao final, espera-se provar que a relicitação é composta essencialmente por competências consensuais cujo exercício não necessariamente precisa de lei detalhando o processo de extinção amigável de contratos.

Palavras-Chave: Direito Administrativo Sancionador; Consensualidade; Relicitação; Contratos de Parceria.

Abstract: The provision set forth in the Law No. 13,448/2017 provides a new form of termination provision aiming at terminating concessions agreements and subsequent new bidding procedures. The legislation provides the illusion that maybe only the Brazilian Federal Government could use such tool into its' new agreements, and that authorities could only use this new agreement mechanism in certain infrastructure sectors. This article goal is to investigate if this premise is sustainable by analyzing administrative prerogatives to enter into agreements that encompasses early termination and new biddings for partnerships with both private and public sector. In the end, we hope to prove that this agreement mechanism is based on a series of public prerogatives that enables all authorities to consensually agree upon early termination and new bidding procedures without necessarily requiring specific legislation.

Key-Word: Sanctioning Administrative Law; Consensuality; New Bidding Procedure; Public-Private Partnership Agreements.

Índice: I. Introdução. II. Origem Positiva da "Relicitação" na Legislação Federal. III. Prerrogativas da Administração para proceder com a Relicitação. III.i. Competência para celebração de acordos no âmbito sancionatório. III.ii. Competência para modulação de

investimentos contratuais e obrigações de pagamento. III.iii. Competência para licitar o mesmo ativo e/ou serviço previamente outorgado. IV. Conclusões. V. Bibliografia.

I.Introdução

O fenômeno da consensualidade parece ganhar espaço no Direito Administrativo Brasileiro. Exemplos deste movimento não faltam. A começar pela previsão de termos de ajustamento de conduta no art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, passando pelo acordo de leniência da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, bem como pela possibilidade de acordo de não persecução cível previsto para os casos de improbidade administrativa, trazido pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, e pela inclusão do art. 26 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), por meio da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.

Tudo indica estarem superados os argumentos contrários à possibilidade de a Administração Pública celebrar acordos para suplantarem situações litigiosas e de insegurança jurídica, sobretudo aqueles casos envolvendo a aplicação de sanções pelo Estado aos particulares. Se antigamente pugnava-se imperioso à Administração aplicar sanções em função do princípio da indisponibilidade do interesse público, agora parece certa a intenção do legislador de ampliar as possibilidades de atuação consensual dos agentes públicos, buscando privilegiar o interesse público sob a ótica do princípio da eficiência. Muda-se o foco sobre o que seria o interesse público, entendendo que talvez o melhor para a coletividade seja a celebração célere de um acordo. É dizer, ao invés de seguir com longo processo para aplicação de penalidades, talvez seja mais benéfico para todos os envolvidos (e ao interesse público) a celebração de um acordo solucionando a disputa sob a esfera administrativa¹³.

Ademais, também parece mais do que superado o entendimento de que o princípio da legalidade deveria ser interpretado de forma a engessar as opções da complexa ação administrativa, determinando que qualquer acordo careceria de detalhado tratamento legislativo se fosse celebrado pela Administração Pública. Embora seja recomendável tratamento legal sobre o assunto, este não nos parece ser obrigatoriamente exaustivo, podendo haver autorização legal genérica para celebração de acordos advinda dos poderes conferidos pelo ordenamento jurídico à Administração Pública. O Poder Público não atua sob revelia da legislação e do Direito, mas tampouco precisa ficar radicalmente à espera de extenso tratamento legal para o exercício de cada uma de suas competências.

13 Entendimentos com leitura semelhante podem ser encontrados em PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e Acordo na Administração Pública. São Paulo: Ed. Malheiros, 2016; bem como em GUEDES, Francisco Augusto Zardo. Os Princípios Constitucionais da Administração Pública e os Acordos Substitutivos de Procedimentos e Sanções Administrativas. In: <
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ada5e0b63ef60e22> >. Acessado em 28.01.2021.

Nada diferente daquilo que diversos agentes estatais já praticam quando da celebração de termos de ajustamento de conduta em face da previsão genérica da Lei de Ação Civil Pública¹⁴.

Superados os pontos acima, uma das novas fronteiras de debate da consensualidade envolve os chamados contratos de parceria¹⁵ e as suas sanções contratuais¹⁶, com destaque para os casos que geram o término antecipado das contratações. Nestas situações, o inadimplemento contratual pelo parceiro privado pode levar a instauração de processos de aplicação de penalidade pecuniária e, no limite, ao processo de caducidade contratual¹⁷. Cumprindo com o dever instruir estes processos em face do princípio do devido processo legal e do contraditório¹⁸, o término do contrato e o recolhimento das sanções pecuniárias por vezes não será célere. Neste meio tempo, a autoridade contratante e o parceiro privado parecem abandonar o espírito de parceria que este tipo de contrato exige, passando a figurar cada qual em lados opostos de um litígio vertiginoso, até porque, a princípio, não há dúvidas de que o parceiro privado lutará para permanecer com o ativo sob sua operação sem o qual provavelmente enfrentará

14 Também sugerimos sobre o assunto a leitura de PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2016. Além da autora, convém ver também as observações de MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A verdadeira mudança de paradigma do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo*. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014.

15 Cf. denominação adotada pela Lei nº 13.334, de 2016, contratos de parceria consistem em “concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante” (§2º do art. 1º).

16 Convém ressaltar que, apesar de existirem discussões doutrinárias sobre a inclusão das sanções contratuais dentro de um conceito de sanção administrativa, entendemos aplicável a equiparação de sanções contratuais às sanções administrativas no caso concreto, dado que a sanção de caducidade é estatutária, ou seja, decorre da legislação, afetando direitos daqueles particulares que contrataram com a Administração Pública (vide art. 38 da Lei nº 8987/1995). Para entender melhor a discussão sobre o tema, recomendamos a leitura dos apontamentos realizados por Fabio Medina Osório em sua obra “Direito Administrativo Sancionador” (OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 7ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2020).

17 Cf. art. 38 da Lei nº 8987, de 1995, com caput transcrito a seguir: “Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes”.

18 Por exemplo, na forma do parágrafo único do art. 78 da Lei nº 8.666/1993.

(aprofundamento de) dificuldades financeiras¹⁹. Enquanto as partes discutem as sanções e o término do contrato, com todos os seus meandros²⁰, a operação do ativo público e dos serviços à população e/ou à Administração fica prejudicada. Dificilmente o operador em dívidas e em litígio com o contratante terá condições adequadas de prestar os melhores serviços no âmbito do seu contrato.

A solução proposta para estas situações veio por meio da positivação do instituto da “relicitação”, cuja essência, em resumo, envolve um término amigável do contrato de parceria²¹, com (i) a celebração de acordo visando repactuar as sanções e as obrigações contratuais, e, ato subsequente, (ii) o processamento de novo procedimento licitatório visando a transferência direta dos bens de um particular para outro. A relicitação foi positivada em nível federal por meio da Lei nº 13.448, de 2017, após a conversão da Medida Provisória nº 752, de 2016 (MP), com detalhada regulação acerca dos passos e das condições para formalização de todo o procedimento²².

Uma vez positivada, a relicitação aparenta vir sendo de grande valia para projetos federais dos setores de rodovias e aeroportos, com processos administrativos em

19 Discussão se torna ainda mais relevante diante do costume de constituição sociedades de propósito específico para celebrar contratos de parceria, uma prática que, por exemplo, é exigência do art. 9º da Lei nº 11.079/2004, envolvendo as concessões administrativas e as concessões patrocinadas.

20 Por exemplo, um ponto constante de atrito é a discussão em função do valor de indenização devida em razão dos investimentos realizados e não amortizados nos contratos de parceria.

21 Nesse sentido, ver opinião de Rafael Veras em breve artigo publicado na Coluna do Estado, segundo o qual o autor afirma “O instituto da relicitação, por sua vez, se configura como hipótese de extinção consensual do contrato de concessão substitutiva do procedimento administrativo de caducidade (previsto no art. 38º da Lei nº 8.987/1995). Por meio desse instituto, o concessionário inadimplente para com a (sic) suas obrigações, ao invés de se submeter a um procedimento administrativo de extinção anômala do contrato de concessão culposa, entabula a sua extinção consensual com o poder concedente” (VÉRAS, Rafael. As prorrogações e a relicitação de que tratam a Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de concessão. In: < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/as-prorrogacoes-e-a-relicitacao-de-que-tratam-a-lei-n-134482017-um-novo-regime-juridico-de-negociacao-para-os-contratos-de-concessao> >. Acessado em 25.01.2021).

22 Em atenção ao praticado pelo Governo Federal, o Governo do Estado de São Paulo instituiu, mediante a Lei Estadual nº 16.933, de 2019, a relicitação no âmbito dos seus contratos de parceria, também aproveitando a legislação para regradar os pormenores visando a formalização do processo para celebração de acordo e repactuação das sanções e das obrigações contratuais, assim como para proceder nova licitação dos ativos objeto da concessão.

andamento para a devolução amigável das respectivas concessões²³. Até o momento²⁴, há notícias de que as concessões aeroportuárias de Viracopos e São Gonçalo do Amarante encontram-se em processo de relicitação, sendo que, do lado rodoviário, podemos citar as concessões a rodovia da Via 040, da Invepar (BR-040), CCR MS Via (BR-163), Triunfo Concebra (BR-060, BR-153 e BR-262) e Arteris Fluminense (BR 101)²⁵.

Apesar dos aparentes efeitos positivos da norma federal, entendemos que o fenômeno da positivação dos atos necessários à relicitação pode estar atraindo questionamentos sobre a viabilidade de a Administração Pública utilizar suas prerrogativas na modelagem de novos contratos²⁶. Como as hipóteses de extinção de concessões estão previstas no art. 35 da Lei nº 8.987/1995²⁷, encontram-se questionamentos sobre se a Administração de um outro estado ou um município poderia regrar processo semelhante de relicitação sem que haja lei específica do respectivo ente político detalhando o assunto.

Ao invés de ampliar o leque de ferramentas à disposição da Administração, talvez a positivação das prerrogativas de reliciar contratos de parceria possa ter limitado a atuação

²³ Até a conclusão deste artigo, em dezembro de 2020, ainda não havia sido concluído nenhum processo de relicitação, com a outorga dos ativos relicitados para um novo operador privado.

²⁴ Infelizmente, devido ao ineditismo do tema, não foi possível levantar maiores informações dos processos de relicitação em curso, cujo conteúdo é confidencial neste estágio. Esta análise poderá ser alvo de pesquisa futura.

²⁵ Não se encontraram notícias sobre relicitações envolvendo concessões estaduais em São Paulo.

²⁶ Apesar de não apresentar crítica diretamente relacionada ao assunto (*i.e.* envolvendo a modelagem de novos contratos), convém trazer a opinião de Carolina Zaja Almada Campanate de Oliveira, que ilustra a situação ora questionada neste ensaio, *in verbis*: "Diversamente do regime até então em vigor, que se fundamentava apenas em uma lógica binária entre descumprimento e sanção, com o advento do novo marco legal passa-se a admitir que o inadimplemento contratual gere resolução amigável. Tal previsão é de extrema relevância para assegurar ao gestor a segurança jurídica necessária para optar pela solução consensual. Isso porque, mesmo antes da lei, já era possível defender que as partes entabulassem uma solução amigável diante de um problema contratual. A ausência de previsão nesse sentido, contudo, demanda um elevado esforço do Poder Público em justificar a escolha pela solução consensual, enquanto as medidas legais lhe asseguravam intervir unilateralmente" (OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. *Contratos Administrativos Complexos e de Longo Prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos*. Dissertação apresentada para obtenção do grau de mestre apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Orientador: Sérgio Guerra. Rio de Janeiro, 2018, p. 193-194). Apesar da posição favorável em face do tratamento legislativo, entendemos que a discussão do assunto deveria não deveria aceitar o caminho legal simplesmente porque torna mais fácil à Administração Pública justificar sua escolha. Conforme será explorado neste artigo, a motivação da atuação Administrativa deveria poder veicular ações para relicitação de contratos, sempre quando cabível dentro dos padrões de juridicidade (dentre os quais, o tratamento contratual *ex ante* da relicitação).

²⁷ Art. 35. Extingue-se a concessão por: I - advento do termo contratual; II - encampação; III - caducidade; IV - rescisão; V - anulação; e VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

administrativa, na medida em que o Poder Público já detinha poderes para renegociar sanções e obrigações contratuais em benefício do interesse público, com competência indubitável de terminar consensualmente um contrato e realizar nova licitação de ativos públicos anteriormente outorgados à particulares. Se havia competência, porque não se poderia utilizá-la para regradar a relicitação em novos contratos?

Este é o problema a ser enfrentado neste artigo. Buscar-se-á analisar o instituto da relicitação, tal qual positivado em legislação federal, para verificar se os atos e procedimentos das respectivas legislações de alguma forma precisariam necessariamente ser dispostos em lei em sentido estrito (norma publicada pelo legislativo) para serem aplicáveis por outros entes da federação e/ou em outros setores da economia quando da elaboração de novos contratos de parceria²⁸. A partir desta análise, retomaremos as discussões envolvendo os poderes conferidos pelo ordenamento jurídico à Administração Pública e, concluída esta avaliação, buscar-se-á responder a seguinte pergunta: Será que a Administração Pública não está amparada das competências e dos poderes necessários para regradar os processos de relicitação em novos contratos de parceria sem que haja detalhado tratamento legislativo sobre o tema?

A hipótese deste trabalho é que a Administração Pública poderia regradar procedimentos de relicitação em novos contratos de parceria, prevendo a possibilidade de acordos sobre sanções contratuais e o término amigável da parceria, sem que haja detalhado tratamento legislativo para cada tipo de contrato ou de setor econômico específico.

Entende-se importante verificar esta premissa para aprimorar a prática administrativa de contratações de grande vulto, sendo que, a bem da verdade, a conclusão deste trabalho também poderá alcançar, em alguns casos, as contratações tradicionais, envolvendo contratos para prestação de serviços e realização de obras. Trata-se, portanto, de ensaio com implicações relevantes no dia a dia da Administração, motivo pelo qual é premente enfrentar o tema e ampliar o debate sobre as prerrogativas administrativas consensuais em prol de uma atuação mais racional e eficiente do Poder Público, sempre sem deixar de respeitar os limites legais e os direitos dos administrados.

II. Origem Positiva da “Relicitação” na Legislação Federal

Como observado anteriormente, o instituto jurídico da relicitação foi originalmente positivado no Direito brasileiro com esse nome por meio da Lei nº 13.448, de 2017, que

²⁸ Como será explorado mais a diante, não será analisada a necessidade de lei para relicitação de contratos já celebrados. Nestes casos entende-se importante a existência de norma própria para endereçar o conflito de isonomia e a segurança jurídica que a relicitação posterior, sem tratamento contratual originário, poderá gerar.

converteu a Medida Provisória nº 752, de 2016. Pode-se afirmar que a gênese da relicitação²⁹ advém da noção de que, em certas ocasiões, os parceiros privados não conseguirão adimplir todo objeto contratual e que isso, como dito alhures, traria maiores complicações ao interesse público do que vantagens propriamente ditas³⁰. O legislador³¹ reconhece com a norma que os processos de retomada dos ativos/serviços com a caducidade dos contratos de parceria tenderiam a ser morosos e a prejudicarem os usuários dos bens e serviços enquanto não fossem solucionados³².

29 À época da edição da referida MP apresentou-se a seguinte justificativa na exposição de motivos da norma: “11. A Medida Provisória, de outro lado, faculta ao Poder Concedente, em comum acordo com concessionário, adotar o procedimento de relicitação de contratos de parceria vigentes no setor rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujos parceiros demonstrem ausência de capacidade em cumprir com as obrigações assumidas contratualmente. Trata-se de alternativa inovadora de “devolução coordenada e negociada” da concessão, evitando-se o processo de caducidade, muitas vezes moroso e com longa disputa judicial, em que, normalmente, os usuários da concessão são os principais penalizados pela má prestação do serviço até a conclusão do processo. Nesse caso, deverá ser realizado estudo prévio visando garantir a viabilidade econômica e operacional do novo ajuste. A governança e a transparência foram de novo reforçadas, e a proposta de transferência, junto com os estudos, deve ser submetida a consulta pública e ao TCU. Merece destaque o fato de que eventuais indenizações devidas pelo Poder Concedente ao parceiro privado serão pagas pelo novo contratado, o que evitará o desembolso de recursos por parte da Administração Pública Federal. Também está prevista a possibilidade ao novo contratado, quando as condições de financiamento se mostrarem vantajosas ao Poder Público e viáveis aos financiadores, de assunção das dívidas adquiridas pelo antigo concessionário. 12. Nessa relicitação, o Poder Concedente terá a faculdade de reavaliar as condições originalmente pactuadas no contrato e promover a seleção de outro parceiro apto à execução do objeto. O parceiro originalmente contratado e os acionistas relevantes da empresa responsável pela execução do contrato não poderão participar do novo certame. Até a conclusão da relicitação e a assinatura do novo contrato de parceria, o antigo concessionário deverá assegurar, porém, a continuidade da prestação dos serviços essenciais, sob pena de aplicação de penalidades contratuais”.

30 Para observações sobre a relicitação, recomendamos a leitura de GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP nº 752: perguntas e resposta. *Tr. Revista de Direito Público de Economia – RDPE*. Belo Horizonte: a. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017.

31 Oportuno mencionar que existem posições que consideram a norma de relicitação como normal geral de contratações públicas, com fulcro no art. 22, inc. XXVII da Constituição Federal. Não entendemos que o inteiro teor da norma possa ser interpretado sob esta feição. As normas de prorrogação contratual devem ser específicas (e o são), motivo pelo qual não correspondem a normas gerais para todos ativos federais, tampouco para contratos com os demais entes federativos. Da mesma forma, não parece que a norma de relicitação se encaixe na figura de norma geral. Em verdade, parece ser norma que se presta a reforçar a competência negocial da Administração Pública, visto que os contratos objeto da norma não detinham qualquer previsão acerca do assunto. Ao nosso ver, a discussão de normas gerais poderia ser empregada em outros dispositivos da legislação sob análise, como, por exemplo, os artigos que, constando nas disposições finais da lei, tratam de arbitragem nos contratos – já que os dispositivos reiteram definição de jurisprudência majoritária sobre o assunto.

32 Na prática, a norma aparenta ter por objetivo específico solucionar problemas nas execuções de algumas concessões rodoviárias da 3ª rodada do programa federal, bem como em alguns aeroportos. Em ambos os

Para superar este desafio, a legislação traz regramento sobre “devolução coordenada e negociada” dos contratos de parceria³³. O artigo 13 da norma dispõe que “com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços, o órgão ou a entidade competente poderá realizar, observadas as condições fixadas nesta Lei, a relicitação do objeto dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente”.

Ou seja, a norma prevê a continuidade da prestação dos serviços como último fim do acordo de relicitação. Mais que isso, exige-se que a medida de relicitação seja aplicada para manter a prestação adequada dos serviços³⁴, e não só a mera continuidade da sua prestação. De nada adiantaria reliciar o contrato se os serviços seguissem com prestação precária em franco prejuízo ao interesse público.

Por ser excepcional, a relicitação foi autorizada tão somente para os casos em que (i) haja inadimplemento contratual – que por si só já deveria gerar penalidades contratuais, sobretudo pecuniárias –; ou (ii) haja demonstração de que os contratados sejam incapazes de adimplir com as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente nas avenças de parceria³⁵.

casos parece ter havido excesso de otimismo pelos times de modelagem, que projetaram demanda pouco realista e exigiram investimentos na expansão da infraestrutura sem correlação com a demanda pelo uso do ativo. Isso, somado aos impactos da Lava-Jato, à crise econômica de 2013/2014, e aos lances agressivos das concessionárias nos respectivos leilões, gerou a impossibilidade de execução das concessões tal qual pactuadas.

33 Vale mencionar as palavras de Carolina Zaja Almada Campanate de Oliveira que em dissertação de mestrado sobre o tema afirma que “o novo diploma reflete, assim, a mudança pela qual passa o Direito Administrativo: a busca por soluções flexíveis e consensuais que levam à Administração a ocupar outra posição nos contratos públicos. Transfere-se o eixo da verticalização, per se, das relações envolvendo o Poder Público, para o desenvolvimento de soluções acordadas entre as partes, que, efetivamente, sejam eficientes diante do interesse geral perseguido”. (OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. *Contratos Administrativos Complexos e de Longo Prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos*. Dissertação apresentada para obtenção do grau de mestre apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Orientador: Sérgio Guerra. Rio de Janeiro, 2018, p. 118).

34 Um bom parâmetro normativo para o tema é o §1º do art. 6º da Lei nº 8.987/1995, que prevê ser serviço adequado para fins de concessões aqueles serviços que satisfazem “as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

35 Cesar Pereira comenta importantes lições sobre o tema, argumentando que “ou seja, o inadimplemento pode ser de qualquer das partes e, no caso do inadimplemento do concessionário, este pode ser atual ou potencial. Não há necessidade de já se haver caracterização o inadimplemento, apenas de se comprovar que

Para operar a relicitação, o artigo 14 da norma fala de “acordo” entre as partes, sendo exigida análise cuidadosa da pertinência de seguir com opção consensual, com base em elementos fornecidos pelo particular (e, claro, daqueles advindos da fiscalização contratual)³⁶. Até aqui nada mais normal, visto ser imperativo ao exercício da função administrativa motivar seus atos, principalmente se consensuais e excepcionais. Do lado do particular, também é exigida declaração de adesão à negociação de relicitação de forma irrevogável e irretratável, apresentando renúncia em participar da nova licitação do mesmo contrato/ativo³⁷. Não haveria sentido em processar todo o esforço de relicitação para

o concessionário demonstra incapacidade de continuar cumprindo o contrato ou as obrigações financeiras. As obrigações financeiras são conexas, mas não integram o contrato de parceria; bem por isso, a lei alude a obrigações originais, de modo a se evitar que o concessionário assuma obrigações financeiras novas e excessivas apenas para justificar seu enquadramento na Lei nº 13.448.” (PEREIRA, Cesar. A relicitação na Lei 13.448: previsão de relicitação nos contratos de parceria dos setores de rodovias, ferrovias e aeroportos. Artigo publicado no canal digital do Jota, acessível em: < https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-relicitacao-na-lei-13-448-29062017 >. Acessado em 25.01.2021).

36 Art. 14. A relicitação de que trata o art. 13 desta Lei ocorrerá por meio de acordo entre as partes, nos termos e prazos definidos em ato do Poder Executivo. § 1º Caberá ao órgão ou à entidade competente, em qualquer caso, avaliar a necessidade, a pertinência e a razoabilidade da instauração do processo de relicitação do objeto do contrato de parceria, tendo em vista os aspectos operacionais e econômico-financeiros e a continuidade dos serviços envolvidos. § 2º Sem prejuízo de outros requisitos definidos em ato do Poder Executivo, a instauração do processo de relicitação é condicionada à apresentação pelo contratado: I - das justificativas e dos elementos técnicos que demonstrem a necessidade e a conveniência da adoção do processo de relicitação, com as eventuais propostas de solução para as questões enfrentadas; II - da renúncia ao prazo para corrigir eventuais falhas e transgressões e para o enquadramento previsto no § 3º do art. 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, caso seja posteriormente instaurado ou retomado o processo de caducidade; III - de declaração formal quanto à intenção de aderir, de maneira irrevogável e irretratável, ao processo de relicitação do contrato de parceria, nos termos desta Lei; IV - da renúncia expressa quanto à participação no novo certame ou no futuro contrato de parceria relicitado, nos termos do art. 16 desta Lei; V - das informações necessárias à realização do processo de relicitação, em especial as demonstrações relacionadas aos investimentos em bens reversíveis vinculados ao empreendimento e aos eventuais instrumentos de financiamento utilizados no contrato, bem como de todos os contratos em vigor de cessão de uso de áreas para fins comerciais e de prestação de serviços, nos espaços sob a titularidade do atual contratado. § 3º Qualificado o contrato de parceria para a relicitação, nos termos do art. 2º desta Lei, serão sobrestadas as medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processos de caducidade eventualmente em curso contra o contratado. § 4º Não se aplicam ao contrato de parceria especificamente qualificado para fins de relicitação, até sua conclusão, os regimes de recuperação judicial e extrajudicial previstos na Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, exceto na hipótese prevista no § 1º do art. 20 desta Lei.

37 As normas de impedimento de participar na nova licitação estão regulamentadas no art. 16, *in verbis*: “Art. 16. São impedidos de participar do certame licitatório da relicitação de que trata esta Lei: I - o contratado ou a Sociedade de Propósito Específico (SPE) responsável pela execução do contrato de parceria; II - os acionistas da SPE responsável pela execução do contrato de parceria titulares de, no mínimo, 20% (vinte por cento) do capital votante em qualquer momento anterior à instauração do processo de relicitação. Parágrafo único. As vedações de que trata este artigo também alcançam a participação das entidades mencionadas: I - em

depois outorgar o novo contrato ao mesmo agente que estava inadimplente ou que não detinha condições de adimplir com contrato antigo. Se assim procedesse a Administração, estaria a beneficiar indevidamente um particular que prejudicou o interesse público, algo equivocado.

Uma vez decidido pelo prosseguimento do processo e qualificado o contrato de parceria como passível de relicitação, ficam sobrestadas as medidas destinadas para instaurar ou dar seguimento de caducidade, afastando-se, ademais, os regimes de recuperação judicial e extrajudicial. A relicitação, note-se, não socorre os casos em que a caducidade já tenha sido decretada, mas tão somente os casos em que o processo sancionatório está em curso. Ademais, vale observar que a lei e o seu regulamento nada tratam dos outros eventuais processos administrativos sancionadores que existirem em face da concessionária. Fala-se, por outro lado, que os valores de multa aplicados à concessionária deverão ser utilizados para encontro de contas com os montantes devidos à título de indenização a ser paga em função dos investimentos realizados e não amortizados no curso contratual. A omissão legislativa sob análise permite diversas interpretações, desde a leitura de que os processos de penalidade pecuniária devem ser concluídos e seus valores abatidos da indenização no final da relicitação, até a noção de que seria possível sobrestar os demais processos administrativos sancionadores na linha daquilo que foi praticado com o processo de caducidade (pois a perpetuação de penalizações passadas poderia seguir prejudicando a prestação adequada dos serviços). Talvez essa última interpretação seja mais adequada ao instituto e aos deveres-poderes da Administração. Avaliação de cada caso concreto é necessária para aferir a fundamentação pública e as condições dos acordos de relicitação.

Seja como for, nos termos do artigo 1538, o acordo de relicitação é formalizado por meio de termo aditivo ao contrato de parceria, do qual constará, entre outros assuntos que

consórcios constituídos para participar da relicitação; II - no capital social de empresa participante da relicitação; III - na nova SPE constituída para executar o empreendimento relicitado.

38 Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: I - a aderência irrevogável e irreatável do atual contratado à relicitação do empreendimento e à posterior extinção amigável do ajuste originário, nos termos desta Lei; II - a suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e as condições mínimas em que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo atual contratado até a assinatura do novo contrato de parceria, garantindo-se, em qualquer caso, a continuidade e a segurança dos serviços essenciais relacionados ao empreendimento; III - o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei. § 1º Também poderão constar do termo aditivo de que trata o **caput** deste artigo e do futuro contrato de parceria a ser celebrado pelo órgão ou pela entidade competente: I - a previsão de que as indenizações apuradas nos termos do inciso VII do § 1º do art. 17 desta Lei serão pagas pelo novo contratado, nos termos e limites previstos no edital da relicitação; II - a previsão

sejam julgados pertinentes pelas autoridades, a suspensão das obrigações de investimento vincendas a partir da celebração do termo aditivo e as condições mínimas em que os serviços deverão continuar sendo prestados pelo contratado até a assinatura do novo contrato de parceria.

Com a celebração do aditivo regulando a relação entre contratante e contratado, passa-se à estruturação da nova licitação e do novo contrato de parceria. Este passo está detalhado no art. 17 da legislação sob análise, cujo conteúdo pormenoriza o conteúdo dos estudos técnicos necessários para o novo certame, inclusive com possibilidade de contato com os financiadores do contrato vigente para colher aprimoramentos na parceria.

Os artigos subsequentes³⁹ tratam do processo de consulta pública dos documentos editalícios da nova licitação e da necessidade de submissão destes papéis para validação do novo projeto pelo Tribunal de Contas da União.

O último artigo⁴⁰ na lei a tratar da relicitação fala do prazo que deverá ser observado pelas partes para concluir todo o processo. É dado o prazo de 24 (vinte quatro) meses para concluir toda negociação do acordo e a realização de (re)licitação do novo contrato, podendo este prazo ser prorrogado, motivadamente, pelas autoridades competentes.

de pagamento, diretamente aos financiadores do contratado original, dos valores correspondentes às indenizações devidas pelo órgão ou pela entidade competente nos termos do inciso VII do § 1º do art. 17 desta Lei. § 2º As multas e as demais somas de natureza não tributária devidas pelo anterior contratado ao órgão ou à entidade competente deverão ser abatidas dos valores de que trata o inciso I do § 1º deste artigo, inclusive o valor relacionado à outorga originalmente ofertada, calculado conforme ato do órgão ou da entidade competente. 3º O pagamento ao anterior contratado da indenização calculada com base no § 2º deste artigo será condição para o início do novo contrato de parceria.

39 Art. 18. O órgão ou a entidade competente submeterá os estudos de que trata o art. 17 desta Lei a consulta pública, que deverá ser divulgada na imprensa oficial e na internet, contendo a identificação do objeto, a motivação para a relicitação e as condições propostas, entre outras informações relevantes, e fixará prazo de no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias para recebimento de sugestões.

Art. 19. Encerrada a consulta pública, os estudos de que trata o art. 17 desta Lei deverão ser encaminhados ao Tribunal de Contas da União, em conjunto com os documentos referidos no art. 14 desta Lei.

40 Art. 20. Na hipótese de não acudirem interessados para o processo licitatório previsto no art. 13 desta Lei, o contratado deverá dar continuidade à prestação do serviço público, nas condições previstas no inciso II do caput do art. 15 desta Lei, até a realização de nova sessão para recebimento de propostas. § 1º Se persistir o desinteresse de potenciais licitantes ou não for concluído o processo de relicitação no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contado da data da qualificação referida no art. 2º desta Lei, o órgão ou a entidade competente adotará as medidas contratuais e legais pertinentes, revogando o sobrestamento das medidas destinadas a instaurar ou a dar seguimento a processo de caducidade anteriormente instaurado, na forma da lei. § 2º O prazo de que trata o § 1º deste artigo poderá ser prorrogado, justificadamente, mediante deliberação do Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (CPPI).

Adicionalmente, o regramento do processo de relicitação ainda é objeto de tratamento pelo Decreto nº 9.957, de 2019, assim como regulamentos específicos das respectivas agências reguladoras⁴¹. Ou seja, o tratamento legal e infralegal do tema é extenso, focando na regulamentação procedimental dos atos a serem praticados, com indicação das autoridades, momento da propositura de cada para celebração do acordo, conteúdo mínimo dos termos aditivos e regras para elaboração de estudos⁴².

Fundamental observarmos que o regramento da relicitação não é o único objeto da Lei nº 13.448, de 2017, cujo conteúdo também trata de prorrogação de contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroviário. E a prorrogação sim carece de autorização legal específica, observado que a regra geral para outorga de serviços públicos é a licitação (vide art. 175, *caput*, da Constituição Federal). Foi sobre a prorrogação de concessões ferroviárias, aliás, que a referida legislação já teve sua constitucionalidade analisada pelo Supremo Tribunal Federal (STF)⁴³, inexistindo no nosso conhecimento debate judicial acerca da constitucionalidade das questões inerentes à relicitação *per se*.

Isso é particularmente importante para a análise aqui realizada, porque deixa claro que não há questionamento judicial acerca da juridicidade da relicitação, muito menos

⁴¹ Ver, por exemplo, a Resolução ANTT nº 5.860, de 2019, que versa da metodologia para cálculo dos valores de indenização relativos aos investimentos vinculados a bens reversíveis não depreciados ou amortizados em caso de extinção antecipada de concessões rodoviárias federais. De forma semelhante, cita-se, como outro exemplo, a Resolução ANAC nº 533, de 2019, que regulamenta os procedimentos e a metodologia de cálculo dos valores de indenização referentes aos investimentos vinculados a bens reversíveis não amortizados em caso de extinção antecipada do contrato de concessão por relicitação, caducidade ou falência.

⁴² Oportuno mencionar as lições Cesar Pereira, para quem “A relicitação prevista na Lei nº 13.448 pode ser uma solução adequada para a uma investigação ou definição das causas da frustração. Será necessário que a sua regulação estabeleça as diferenças adequadas – o tratamento do contrato que descumpriu culposamente o contrato deve ser distinto daquele reservado ao que foi impedido de executar o contrato por razões alheias a sua vontade. Não basta que a exclusão das principais sanções (caducidade) fique condicionada apenas ao sucesso ou fracasso da relicitação, o que não guarda vínculo direto com a conduta do contratado. A relicitação também apresenta para o contratado riscos importantes, que devem ser tratados de modo adequado na regulamentação sob pena de inutilidade prática do instituto.” (PEREIRA, Cesar. A relicitação na Lei 13.448: previsão de relicitação nos contratos de parceria dos setores de rodovias, ferrovias e aeroportos. Artigo publicado no canal digital do Jota, acessível em: < https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-relicitacao-na-lei-13-448-29062017 >. Acessado em 25.01.2021).

⁴³ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO. SETOR FERROVIÁRIO. PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO INC. II DO ART. 6º, DOS §§ 1º, 3º, 4º E 5º DO ART. 25 E DO § 2º DO ART. 30 DA LEI N. 13.448, DE 5.6.2017. REQUERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. (ADI 5991 MC, Relator(a): CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 03-07-2020 PUBLIC 06-07-2020).

debate sobre as prerrogativas do Poder Público acordar repactuação de sanções e obrigações contratuais, suspendendo processos sancionadores e obrigações de investimentos, bem como seguindo com os trâmites necessários para término amigável do contrato e a promoção de sua nova licitação. A princípio, nada desabona possibilidade de a Administração celebrar os acordos necessários para a relicitação.

Entendemos que a breve avaliação descritiva do instituto da relicitação é mais do que suficiente para ratificar que a essência do processo de relicitação envolve um acordo de repactuação de sanções e obrigações, com procedimentos subsequentes para terminar o contrato original e licitar nova relação contratual⁴⁴.

III. Prerrogativas da Administração para proceder com a Relicitação

Superada a identificação do cerne daquilo que costumou-se chamar de relicitação por conta da legislação federal, propõe-se agora o exercício de ignorar que o vocábulo relicitação tenha sido positivado na legislação de rodovias, ferrovias e aeroportos. Imaginemos que a relicitação tenha significado coloquial, no qual o vocábulo somente signifique uma nova licitação de um ativo e/ou serviço público.

Havendo contrato de parceria vigente, está claro que um acordo com o atual parceiro privado necessariamente precisa ser celebrado para regulamentar o seu término antecipado. Isto é, para haver nova licitação sem o processamento de encampação ou processamento de caducidade, as partes do contrato de parceria devem terminar amigavelmente o contrato em vigor, pactuando condições para manter a continuidade adequada dos serviços prestados até que haja a assunção de novo parceiro privado. Celebra-se, então, um acordo para extinção amigável do contrato de parceria.

Deste processo todo pode-se extrair três principais prerrogativas da Administração para ter êxito com a relicitação, sendo que por prerrogativa leia-se competência como forma do exercício da função administrativa⁴⁵. A uma, precisa-se saber se a Administração

⁴⁴ Carolina Zaja Almada Campanate de Oliveira, por exemplo, defende que “Essa nova medida nasce como uma forma alternativa – e mais flexível – para lidar com um potencial ou atual descumprimento das obrigações constantes da parceria. Assim, caso as disposições contratuais já não estejam sendo atendidas ou ainda, na hipótese de os contratados demonstrarem incapacidade para cumpri-las – apontando para um eventual inadimplemento futuro – a Administração poderá optar pela via consensual de modo a resguardar a continuidade da prestação decorrente do objeto concedido”. (OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. *Contratos Administrativos Complexos e de Longo Prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos*. Dissertação apresentada para obtenção do grau de mestre apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Orientador: Sérgio Guerra. Rio de Janeiro, 2018, p. 193).

⁴⁵ Sobre o tema de competências, recomenda-se a leitura das lições de Maurício Zokcun, *in verbis*: “Impõe-se ao Estado o dever-poder de tutelar o interesse público; de exercer, portanto, função. Para atingir esse desiderato, a Constituição da República prevê em seu favor um plexo de competências públicas, jungidas,

contratante detém competência para celebrar um acordo visando o sobrestamento de processo sancionatório que levaria o contrato à caducidade. A duas, precisa-se saber se a Administração contratante também detém competência para celebrar um acordo modulando as obrigações contratuais de investimento e, em alguns casos, de pagamento de outorgas ao Poder Concedente, visando regradar a devolução e gestão dos ativos até o término da parceria. Por fim, resta confirmar se a Administração contratante detém competência para licitar novamente, em um novo certame, os mesmos ativos e serviços anteriormente contratados.

Buscaremos explorar estas prerrogativas abaixo, para investigar a viabilidade de Administração Pública regradar a relicitação em novos contratos sem necessariamente preceder de lei específica para tanto. As avaliações a seguir, todavia, não devem ser ampliadas sem reflexão crítica para os contratos já celebrados, cujo conteúdo não preveja originalmente procedimento para sua relicitação. Embora reconheça-se visões diferentes sobre o assunto⁴⁶, entende-se importante a existência de norma própria para endereçar o conflito de isonomia e a segurança jurídica que a relicitação posterior, sem tratamento contratual originário, possa gerar. Tudo porque o tema não foi inicialmente regradado quando da licitação dos serviços. Mas este é assunto para outras conversas.

III.i Competência para celebração de acordos no âmbito sancionatório

Como explorado na introdução deste trabalho, não parece haver dúvida acerca da expansão da consensualidade no Direito Administrativo Sancionador. Já demos diversos exemplos sobre as alterações legislativas que buscaram positivar a possibilidade de a Administração Pública celebrar acordos em meio de processos sancionadores⁴⁷.

A ideia da consensualidade busca efficientizar o exercício da função administrativa justamente para alcançar o interesse público da melhor forma possível. Isso não quer dizer que a opção pela consensualidade ocorre à revelia do ordenamento jurídico e do Direito⁴⁸.

que estão ao exercício das funções ou atividades públicas. Assim, a competência pública se traduz na prerrogativa jurídica conferida ao Estado que, exercida, se presta à satisfação do bem comum. Ademais, como o Estado desempenha suas funções valendo-se das correlatas competências, isso implica dizer que a cada função pública se atrela um correspondente plexo de competências. Afinal, se a ordem jurídica comunicou ao Estado os seus fins (seus deveres) previu, igualmente, os correspondentes meios (seus poderes, portanto). Assim, a competência não se traduz apenas em um poder, mas em um poder edificado em vista de um fim, qual seja, o fim do Estado: o dever de curar e realizar o bem comum.” (ZOKCUN, Maurício. Regime constitucional da atividade notarial e de registro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2018, pp. 41-42).

⁴⁶ Ver, por exemplo, nota de rodapé 14 deste artigo.

⁴⁷ Ver Capítulo I deste mesmo ensaio.

⁴⁸ Ver, novamente, as observações de MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigma do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014.

Pelo contrário, uma vez optada pela celebração de acordos, exige-se, como regra, maior esforço de motivação visando demonstrar o custo-benefício de superar a aplicação da sanção em favor da celebração de um acordo.

Gustavo Binenbojm⁴⁹, por exemplo, compartilha da ideia de que a consensualidade serve ao interesse público para incrementar o grau de efetividade das ordenações baseadas na adesão voluntária, reduzindo o tempo de tramitação dos feitos, os custos a eles relacionados e o nível de litigiosidade administrativa e judicial. Para o autor, os resultados práticos das soluções consensuais tenderiam a promover maior aderência dos particulares às decisões da Administração Pública, com um grau mais elevado de eficiência.

Aprofundando esta ideia, Juliana Palma⁵⁰ afirma que a negociação no âmbito administrativo detém viés mais pragmático, voltado à resolução de casos concretos, para alcançar a resposta mais eficiente. Em prol deste viés mais prático da atuação administrativa, a autora defende a ideia de vinculação negativa à legislação para o Poder Público, afirmando haver espaço para que a Administração Pública celebre acordos desde que sejam compatíveis com o Direito⁵¹, e sem que necessariamente haja a necessidade de tratamento detalhado da atuação bilateral de negociação dos acordos.

Bastaria, portanto, que os acordos fossem celebrados dentro da juridicidade, visto que os princípios jurídicos já autorizariam a Administração operar soluções consensuais para alcançar sua finalidade junto ao bem comum. Isto é, o ordenamento jurídico conferiria competência e legitimidade para que a Administração Pública operasse acordos buscando eficientizar o alcance do interesse público⁵².

49 Cf. BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2020, pp. 117-119.

50 PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e Acordo na Administração Pública. São Paulo: Ed. Malheiros, 2016, p. 267.

51 Vide entendimento da autora: "Seu caráter negocial pragmático, focado na situação-problema, em que a consensualidade se apresenta como possível instrumento de solucionamento, enseja feição negativa da legalidade e, mesmo, a atipicidade dos termos dos acordos administrativos [...] Ocorre que a leitura da legalidade adequada à consensualidade considera a lei e o Direito, razão pela qual o fundamento legal da atuação consensual não se resume à lei formal, mas abrange também princípios e atos normativos" (Ibidem, pp. 263-302).

52 Ainda com lições da autora: "O dever da Administração Pública de atuar conforme a lei e o Direito determinado no art. 2º Lei 9.784/1999 não significa que a Administração Pública deva necessariamente dispor de autorização expressa em texto legal para celebrar acordos administrativos. Sendo prevista a atuação consensual em norma, a Administração Pública encontra-se legitimada a atuar de forma concertada ainda que o acordo administrativo não seja previsto em lei formal, ressalvados os casos de expressa proibição legal, como se verifica com a lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992). [...] No tema da consensualidade reconhece-se a vinculação negativa à lei formal. Como consequência, é discricionária a decisão do Poder

Convém observar que mais recentemente Juliana Palma e Sergio Guerra publicaram artigo⁵³ comentando o art. 26 da LINDB⁵⁴, no qual defendem estar superada qualquer dúvida no Direito Brasileiro acerca de uma autorização genérica para o exercício da atividade concertada da Administração Pública. Isto porque, o dispositivo prevê a possibilidade de Administração Pública, qualquer que seja a esfera, órgão ou entidade, celebrar compromisso com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. O artigo da LINDB ainda foi regulamentado pelo Decreto nº 9.830, de 2019, cuja aplicação também pretende-se alcançar todas as formas da Administração Pública no país.

Em que pese existirem críticas sobre o dispositivo da LINDB e a sua aplicação automática para todo o aparato estatal brasileiro⁵⁵, entende-se que o normativo poderia sim ser interpretado como norma geral para embasar a celebração de acordos com a Administração Pública. O fato de haver previsão no *caput* do dispositivo que os acordos deverão observar a “legislação aplicável” não parece constituir reserva de lei para que se exija legislação específica em cada caso concreto do exercício, pelo Poder Público, de sua competência consensual. Também não parece que o exercício da competência consensual da Administração deva ser interpretado como norma processual, a qual exige norma própria para cada ente federado. Uma vez fixada a competência geral, cada ente político ainda poderá reger seus detalhes processuais. Aliás, o fato de o dispositivo estar veiculado na LINDB como vetor de interpretação do Direito confere abrangência à outras esferas da Administração, permitindo que cada caso concreto preveja detalhes e especificidades para

Público de disciplinar em norma a atuação administrativa concertada para que possa satisfazer as finalidades públicas por meio de acordos administrativos” (Ibidem, pp. 272-273).

53 GUERRA, Sergio; e PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. In: Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

54 Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II – (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

55 Algumas críticas, por exemplo, tratam do alcance do dispositivo, estando aparentemente calcadas no trecho do caput que exige que os acordos sejam celebrados “observada a legislação aplicável”. Segundo esta vertente, entende-se que a leitura deste trecho juntamente com a aplicação do princípio da legalidade estrita ainda demandaria que as autoridades regulamentassem, em lei, os detalhes para o exercício da competência concertada. Outra crítica parece ser aquela que equipara o tratamento consensual às normas processuais administrativas, exigindo norma própria de cada ente federado para operar a formalização dos acordos.

formalizar o compromisso consensual conforme o objeto dos diferentes tipos de acordo. O texto do art. 26 nos parece ser bastante aberto para este tipo de leitura. Ao nosso ver, então, é válida a assertiva de que a LINDB trouxe regulação geral para o assunto, afastando questionamentos sobre a legitimidade da atuação consensual das autoridades administrativas.

Não bastassem as justificativas mencionadas acima, no campo contratual, entendemos que a prerrogativa de celebrar acordos em face de processos sancionadores também pode ser lastreada na aplicação geral da Teoria Geral dos Contratos, conforme aplicação autorizada pelo art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/199356, aplicável aos contratos de parceria, naquilo que couber, como norma geral e supletiva. De acordo com essa interpretação, por exemplo, as partes poderiam negociar a extinção antecipada, o que inclusive é autorizado no art. 79, inc. II da Lei nº 8.666/199357. Aqui a legislação permitiria manifestação de vontade das partes na execução da parceria concessória, reduzindo a verticalização dos poderes extroversos da Administração, os quais, apesar de existirem, não parecem ser a única opção para lidar com as complexas questões de execução contratual (desde que devidamente justificado o atendimento ao interesse público, é claro).

Pois bem, apesar de existirem controvérsias sobre a aplicação da leitura destes dispositivos da legislação geral de contratações nos casos de concessões e PPPs⁵⁸,

⁵⁶ Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

⁵⁷ Vale observar, por completude as observações da tese de Carolina Zaja Almada Campanate de Oliveira, para quem "Interessante notar, contudo, que o distrato não é identificado como forma de se entabular extinção nas hipóteses de inadimplemento contratual. Nesses casos, ainda que haja acordo, a literatura entende que a hipótese é de rescisão unilateral, seja de que parte for.[...] Isso significa que, havendo inadimplemento, eventual acordo entre as partes teria impacto apenas nas consequências da extinção, que continuaria, contudo, sendo unilateral. Cabe esclarecer, ainda, as Leis 8.987/1995 e 11.079/2004 não listam o distrato como forma de extinção, tratando apenas do advento do termo contratual; da encampação; da caducidade; da rescisão; da anulação; ou da falência ou extinção da empresa concessionária" (OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. *Contratos Administrativos Complexos e de Longo Prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos*. Dissertação apresentada para obtenção do grau de mestre apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Orientador: Sérgio Guerra. Rio de Janeiro, 2018, p. 194). Inversamente ao observado pela autora, entendemos sim ser possível aplicar subsidiariamente os dispositivos de rescisão concertada entre as partes para os contratos de parceria. A mera omissão desta hipótese na legislação específica não pode ser vista como vedação aos meios consensuais e devidamente justificados na juridicidade, principalmente para os casos que tais opções resguardem de forma efetiva o interesse público.

⁵⁸ Convém alertar, por outro lado, que diversos contratos de concessão expressamente apresentam dispositivos interpretativos que preveem que as parcerias são também regidas pela Teoria Geral dos Contratos. É o caso, por exemplo, do Contrato de Concessão Rodoviária para exploração da BR-116/PR/SC, celebrado no âmbito do Governo Federal.

entende-se plenamente possível interpretar o ordenamento normativo em favor da juridicidade de medidas administrativas que pressuponham ajustar, mediante termos aditivos escritos, a relação contratual advinda do vínculo especial de sujeição formado entre o particular e a Administração contratante, sobretudo para excepcionalmente realizar termos amigáveis do contrato celebrado com os particulares. Afinal, os “contratos de parceria” não deixam de ser “contratos” de modo a afastar por completo sua teoria geral, tampouco deixando de ser “contratos administrativos” para excepcionarem integralmente as regras gerais destes ajustes⁵⁹.

O ponto que se entende passível de questionamento sobre este aspecto envolve os limites da Administração alterar, mesmo com consentimento do particular, as obrigações originalmente pactuadas. Mas esta discussão será objeto do próximo tópico.

Para o momento, deve ficar claro que as balizas do acordo administrativo no âmbito contratual estariam exatamente na juridicidade do conteúdo pactuado, ou seja, a consensualidade para ajustes contratuais é legítima e legal desde que não contrarie expressa previsão legal e desde que esteja lastreada em prévio tratamento contratual.

Diante do exposto, seja por uma das razões acima, seja pelo seu conjunto, está claro que, no nosso entendimento, a Administração Pública detém a competência para celebrar acordo no âmbito de processo sancionador contratual, buscando, por meio desta ferramenta, atender ao interesse público com maior eficiência e de forma mais adequada. Tudo depende da situação do caso concreto. Não havendo, a princípio, obrigação legal que determine o prosseguimento do processo sancionador, gerando, por exemplo, longo e estressante processo para o término de um contrato de parceria pela via sancionadora. Uma vez regrado no contrato original da concessão, pode muito bem a Administração contratante buscar celebrar acordo com o contratado para juntos encontrarem uma solução amigável ao litígio. Aliás, esta realidade parece já existir nos projetos de parceria, considerando, por exemplo, os acordos de PPP estruturados com apoio do BNDES e da Caixa Econômica Federal⁶⁰, bem como para alguns casos de projetos do Governo do Estado de São Paulo⁶¹.

⁵⁹ Apesar de reconhecer a existência de entendimentos no sentido de que não existiram contratos administrativos, pois a Administração somente se manifestaria por meio de atos administrativos, não acolhemos estas razões, considerando que o direito positivo reconhece aos contratos administrativos, inclusive aos contratos de parceria, características de contratos propriamente ditos, ainda que existam prerrogativas estatutárias em favor do Poder Público.

⁶⁰ Cita-se, por exemplo, as concessões administrativas para outorga dos serviços de iluminação pública dos municípios de Vila Velha/ES e Franco da Rocha/SP.

⁶¹ O Estado de São Paulo, em que pese deter legislação sobre o assunto, aparentemente segue a tendência de adotar regulação contratual sobre os acordos de relicitação. E isso é particularmente importante, porque há quem diga que a legislação de relicitação do estado parece estar ligada somente aos contratos de parceria

Não por acaso, diversos instrumentos vêm prevendo mecanismos consensuais de mediação e *dispute boards* (comissões de discussão e solução de conflito na execução contratual)⁶². E mais, não faria sentido lógico-jurídico interpretar o ordenamento nacional de forma que seria possível celebrar acordo no âmbito de uma ação de improbidade e de uma ação civil pública, mas não seria facultado ao Estado buscar solução consensual em matéria contratual. Faz-se necessário ler a situação em vista do brocardo interpretativo de que “quem pode mais, também pode menos”.

III.ii Competência para modulação de investimentos contratuais e obrigações de pagamento

É importante a discussão da competência de alteração das obrigações contratuais, pois, embora não haja muito debate acerca da sua possibilidade, há bastante discussão sobre os seus limites.

Por exemplo, Jacintho Arruda Câmara⁶³ pontua ser simples a alteração de acordos particulares em função da sua liberdade de atuação na seara contratual haja vista os efeitos do *pacta sunt servanda*. De outra banda, as alterações nos contratos administrativos não seriam tão simples, tampouco se operariam sem limites expressos. Nas palavras do autor, apesar de possível, “não existe plena liberdade para alteração consensual dos contratos”, visto que a legislação imporia barreiras às alterações consensuais com objetivo de evitar que, por este caminho, se despreste o resultado das licitações e reflexamente a isonomia. Como resultado, para que ocorra alterações legítimas naquilo que foi originalmente pactuado, as mudanças não podem superar limites impostos pela legislação.

dos setores de saúde, saneamento, infraestrutura de transporte e gás canalizado (leitura restrita do art. 1º, §1º da norma de relitações do Estado). Não obstante, ao se analisar as últimas licitações é perceptível que o clausulado para relitação vem sendo utilizado em outros projetos, por exemplo, envolvendo a concessão de parque zoológico. Tudo indica então que o Estado de São Paulo corrobora com nosso entendimento de que é possível detalhar o processo de relitação em contratos cujos setores não estejam, em primeira vista, previstos nas respectivas legislações.

⁶² Cf. mecanismos previstos na Lei 13.140, de 2015, cuja regulação da execução prática decorre quase que exclusivamente de tratamento contratual. Inclusive, também vale citar o enunciado nº 10 da I Jornada de Direito Administrativo, *in verbis*: “Em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei n. 8.666/1993, é facultado à Administração Pública propor aditivo para alterar a cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e Dispute Board”(disponível no seguinte endereço eletrônico: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-administrativo-aprova-40-enunciados>>. Acessado em 10.02.2021.

⁶³ CÂMARA, Jacintho Arruda. Alteração dos Contratos Administrativos. In: Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 (Tratado de direito administrativo; v. 6 / coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro), pp. 337-355.

Um dos principais limites que se coloca à situação é aquele percentual para mudança de quantitativos do objeto contratado, ou seja, o disposto no §§1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993, segundo o qual o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que a Administração realize, unilateralmente, nas obras, serviços ou compras, até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato⁶⁴.

Oportuno mencionar que a mesma legislação permite a alteração deste percentual para os casos em que as partes acordem acerca da supressão do objeto contratual (§2º, inc. II do art. 65) – o que poderia ser equiparado à supressão de investimentos nos acordos de relicitação. Não entraremos aqui nas discussões acerca dos limites para alteração de acréscimo contratual (e.g. se qualitativo ou quantitativo)⁶⁵, por entender que no caso da relicitação estar-se-á falando de supressão de obrigações contratuais, e não acréscimo. Além disso, entendemos que os limites percentuais descritos na Lei nº 8.666/1993 não se aplicam rigidamente aos contratos de parceria, que detém prazo alongado e objeto demasiadamente mais complexo que os tradicionais acordos para prestação de serviços e construção de obras.

Sob a perspectiva dos contratos de parceria, cabe esclarecer que Ministro Luis Roberto Barroso⁶⁶ detém parecer publicado defendendo a inaplicabilidade do percentual da Lei nº 8.666/1993 para os contratos de concessão rodoviária, considerando a complexidade dos objetos concessórios e o seu benefício ao interesse público. Para o autor, se de um lado o limite de alteração indiscriminada dos ajustes poderia dar azo à burla da regra de licitar e, conseqüentemente, dos princípios da isonomia e da impessoalidade, do outro lado, o atendimento adequado do interesse público que motivou sua celebração poderá exigir adaptações do objeto ajustado, visto que muitas vezes será ineficiente e antieconômico rescindir aquele ajuste para proceder nova licitação e nova contratação.

O entendimento do Ministro Barroso parece ter sido ratificado pela Lei nº 13.448, de 2017, que estabelece, em suas disposições finais (art. 22), o afastamento dos limites fixados nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993, para as alterações dos contratos

⁶⁴ O artigo ainda versa que, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, este percentual será de até 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

⁶⁵ Um bom resumo das discussões envolvendo o tema pode ser encontrado nas lições de Jacintho Arruda Câmara, cf. CÂMARA, Jacintho Arruda. *Alteração dos Contratos Administrativos*. In: *Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos*. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 (Tratado de direito administrativo; v. 6 / coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro), pp. 337-355.

⁶⁶ BARROSO, LUÍS ROBERTO. *O Contrato de Concessão de Rodovias: particularidades, alterações e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro*. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro (Edição Especial), 2012, pp. 186-215.

de parceria decorrentes da modernização, da adequação, do aprimoramento ou da ampliação dos serviços contratados. Por se tratar de disposição alheia aos procedimentos de prorrogação e relicitação, pode-se inclusive interpretar que o dispositivo é aplicável a todos os contratos de parceria, e não só aqueles celebrados nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário. É dizer, aqui poder-se-ia argumentar que o dispositivo traria uma regra geral de contratação pública, conforme preceitos do art. 22, XXVII da Constituição Federal⁶⁷.

Superada a questão dos percentuais, o limite de alteração dos contratos de parceria parece passar então a ser ligado diretamente à "identidade do objeto contratado", como já lecionava Carlos Ari Sunfeld⁶⁸. É dizer, não se pode alterar o contrato de parceria de tal forma que a transposição de um rio por veículos deixe de ser realizada por uma ponte e passe a ser realizada por meio do transporte de balsa. Também não se pode incluir a administração de mais uma linha de transmissão se a concessão objetivava a outorga de uma única linha de transmissão. Nestes casos, pode-se ampliar infraestruturas de acesso e reforço, mas não se pode mudar o objeto contratual, muito menos duplicar automaticamente os ativos concedidos.

Ora, se há como guiar a atuação administrativa em favor de maximização do interesse público para alterar o objeto contratual de parcerias (por meio de acréscimos e supressões), por que não aceitar ajustes em obrigações de investimento para realizar o término amigável dos acordos de parceria em nome do interesse público, relicitando o contrato com a continuidade dos serviços prestados?

O ordenamento jurídico novamente parece garantir a possibilidade de consensualmente permitir ajuste entre o público e o privado para modular obrigações contratuais originalmente pactuadas com o objetivo da relicitação. Note-se que não se estaria burlando o princípio da licitação, tampouco a isonomia e a imparcialidade. A

⁶⁷ Conforme retromencionado, nem todos os dispositivos da legislação poderiam ser interpretados como normas gerais para contratações públicas. No entanto, especialmente no caso de algumas normas dispostas nas disposições finais da lei poder-se-ia aprofundar discussões interessantes sobre a existência de normas gerais de contratação pública, cuja abrangência favoreceria todos os entes políticos.

⁶⁸ Vide *mutatis mutandis* as seguintes lições sobre as contratações tradicionalmente regidas pela Lei nº 8.666/1993: "Como se viu, a Administração está autorizada a alterar por si o contrato, modificando as prestações do contratado, tanto no aspecto quantitativo (aumento ou diminuição das prestações), como no qualitativo (modificação do projeto ou das especificações). Contudo, não pode tocar na natureza das prestações, é dizer, a própria identidade do objeto. Assim, por exemplo, é-lhe vedado exigir de empresa contratada para serviços de manutenção de elevadores o reparo de equipamentos de informático. Caso contrário, poderia estar obrigando-a a realizar coisa a que nem remotamente se obrigou e a que não está preparada" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994, p. 232).

princípio, o acordo de relicitação não desvirtua o objeto do contrato de parceria⁶⁹. Não há troca de objeto do contrato, mas sim modulação das obrigações com novos termos para prestar adequadamente os serviços outorgados. Até porque, o acordo proposto está intimamente ligado à finalidade de terminar antecipadamente o contrato de parceria, o que poderia ocorrer diante da caducidade ou diante da incapacidade declarada do próprio prestador dos serviços (afinal a relicitação é consensual, lembram?). Com a previsão *ex ante* desta possibilidade, na época da licitação do contrato de parceria, também não haveria que se falar no beneficiamento um particular em detrimento de outros. Simplesmente cumpre-se uma regra previamente estabelecida – e conhecida por todos durante licitação – para garantir a continuidade do serviço e da gestão do ativo público, com subsequente licitação do objeto contratual. Os beneficiados com o acordo podem muito bem ser impedidos de participar do novo certame, na linha de como determina a legislação federal, ou seja, de comum acordo entre os envolvidos⁷⁰.

Independentemente das considerações anteriores, cabe ressaltar que a possibilidade de repactuar obrigações do contrato de parceria encontra outros limites legais. A negociação de pagamentos devidos em função dos contratos de parceria (as chamadas outorgas) carece, em regra, de autorização legal. Caso o contrato exija pagamento de outorga fixa e/ou variável será normalmente preciso de autorização legal para que haja sua suspensão ou parcelamento. Isso porque as alterações contratuais estão limitadas à manutenção de identidade do objeto contratado e ao exposto na legislação, o que inclui vedações da legislação de responsabilidade fiscal, que como regra veda renúncia de receita sem que haja lei formal autorizando o gestor (*v.g.* art. 113 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias⁷¹).

⁶⁹ É claro que eventual contrato de concessão no qual a redução de obrigações se mostre demasiadamente intensa poderá dar azo a discussões da isonomia em face do objeto licitado. Pode ser o caso, por exemplo, de um contrato de concessão para operação de ônibus urbanos por duas linhas distintas, no qual haja a extinção integral da obrigação de circulação de veículos em uma das linhas concedidas. Ou seja, reduz-se o escopo do contrato pela metade. Nestas situações, caberá verificar se há efetivamente alteração do objeto concedido e se houve impacto na sua prestação adequada. Se houver, a negociação administrativa poderá ser tida como ilegal.

⁷⁰ Poder-se-ia falar aqui em restrição de direito pelo particular, no formato de uma sanção. Ao nosso ver, contudo, não se trataria de uma sanção na medida em que o particular acorda com os termos previamente fixados da relicitação quando (i) participa da licitação sabendo que existe tal possibilidade e (ii) aceita a negociação de acordo de relicitação nos termos expostos pelo contrato de parceria. Sob este cenário, entende-se completamente normal que uma das partes transacione seus direitos em benefício próprio (evitar penalizações e moroso processo administrativo), favorecendo o interesse público de continuidade da prestação adequada do serviço e/ou gestão do ativo público.

⁷¹ Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.

Como pode ser observado, portanto, é possível ocorrer a repactuação do objeto de contratos de parceria, com previsão de término amigável à época de novas licitações – já que por vezes inevitáveis nos casos futuros de relicitação. Estas alterações não carecem, a princípio, de autorização legislativa específica, encontrando resguardo no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, embora permitidas as mudanças contratuais, cabe às partes não desvirtuar o objeto originalmente contratado, tampouco viabilizar extinções contratuais sem qualquer critério ou motivação. As mudanças contratuais para relicitação precisam ser devidamente justificadas, com necessário vínculo em face da finalidade de término contratual, sob pena de privilegiar um determinado particular⁷². Ademais, por fim, eventuais repactuações de obrigações financeiras dos parceiros privados (como o pagamento de outorgas) precisam verificar aderência à legislação de responsabilidade fiscal, em regra, com autorização legal para afastar questionamentos de prejuízo ao Erário e para legitimar a atuação estatal.

III.iii Competência para licitar o mesmo ativo e/ou serviço previamente outorgado

Ultrapassadas as observações acima, resta analisar a competência que o Poder Público detém para licitar o mesmo ativo e/ou serviço previamente outorgado.

Este ponto é menos polêmico, considerando a titularidade dos serviços e dos bens públicos ser outorgada constitucionalmente. Não que inexistam discussões de competência sobre serviços e ativos públicos, mas isso não é objeto da discussão aqui proposta. A questão envolve simplesmente saber se a Administração Pública poderia dispor livremente de ativos e serviços sobre sua titularidade. Como a própria Constituição Federal confere titularidade dos serviços e dos bens para os entes políticos, não parece haver muitos questionamentos.

Ninguém questiona que a União detém a titularidade sobre os serviços aeroportuários, a ela outorgados pelo art. 21, inc. XII, alínea “c” da Constituição Federal. Também não existe dúvida sobre a competência dos estados para dispor dos serviços de gás canalizado (previstos no art. 25, §2º da Carta Magna), ou então que os municípios não possam prestar direta ou indiretamente serviços de transporte coletivo urbano de passageiros (vide art. 30, inc. V da Constituição Federal).

⁷² Note-se que não se está defendendo que contratos sem qualquer previsão sobre o assunto poderiam se valer de processos de relicitação sem autorização legislativa. Como esclarecido, um dos limites para celebração deste tipo de acordo é o ordenamento jurídico. A isonomia licitatória somente se faz presente neste tipo de acordo se a possibilidade do acordo de nova licitação for prevista desde o primeiro momento, na licitação de origem. Caso se esteja com contratos em curso, seria preciso haver lei autorizando a sua relicitação, de forma a traduzir opção do legislador para excepcionar a isonomia licitatória. Acredita-se que este é o maior motivo jurídico da legislação de relicitação federal, qual seja, alcançar contratos passados.

Os direitos conferidos aos particulares para sua proteção frente a Administração no âmbito de contratações públicas não parecem impedir que a Administração Pública consensualmente decida pela nova licitação de um ativo previamente concedido, tampouco impedem a aplicação consensual para término amigável do contrato de parceria – com nítida feição da Teoria Geral dos Contratos.

A Administração, lembre-se, tem poderes para organizar a gestão de seus ativos e a prestação dos serviços sob sua responsabilidade de forma direta ou indireta, isto é, por meio da colaboração de terceiros ou por instrumentária própria. Inclusive, se houver contrato assinado de concessão pode a Administração, após superadas as formalidades legais exigíveis, encampar os serviços e os ativos inerentes para privilegiar o interesse público.

Nada mais natural do que a Administração Pública decidir, motivadamente e em comum acordo com o particular contratado, realizar a extinção amigável do contrato com o processamento de nova licitação do contrato de parceria. Esta competência lhe é inerente à gestão e ao controle dos serviços e bens constitucionalmente outorgados.

A leitura restritiva do artigo 35 da Lei nº 8.987/1995 vai na contramão destas prerrogativas e de todo o racional anteriormente exposto, limitando sobremaneira os poderes da Administração para consecução do bem comum.

Sob a ótica da competência pública para gestão dos serviços e ativos outorgados pela Constituição aos entes políticos, inexistente obrigação de haver qualquer autorização específica para que o Poder Público contratante decida realizar nova licitação dos seus ativos previamente concedidos. Basta que as autoridades observem a juridicidade dos atos necessários a consecução do interesse público, sem se preocupar com interpretações restritivas da legalidade. O importante é o respeito ao ordenamento jurídico e ao Direito, o que pode ser reforçado pelo tratamento contratual da relicitação para novos contratos de parceria.

Alguns poderiam argumentar que a questão não está na competência do Poder Público para livremente administrar seus ativos e serviços, mas sim em fazê-lo enquanto um outro contrato segue vigente. Nesta hipótese tampouco entendemos haver óbice a atuação administrativa se conjugarmos as razões ora elucidadas com os pontos anteriormente analisados. O poder de adotar soluções consensuais, em comum acordo com o contratado da parceria vigente, parece sanar fragilidades do modelo. E o fato de haver prévio tratamento contratual sobre as condições do acordo, identificando as modulações de investimento e procedimentos para reliciar o ativo, sugerem estar superados os desafios de isonomia e de segurança jurídica.

É claro que nenhum destes pontos afasta a necessidade de cuidadosa análise de proporcionalidade da utilização do instituto⁷³. A decisão administrativa não pode ser meramente experimental, mas deve guardar motivação adequada para o atendimento mais eficiente do interesse público. A previsão contratual do instituto sem reflexão e/ou a condução de processo de relicitação sem a devida justificativa poderão gerar cenário problemático ao coletivo e não deve ser encorajada⁷⁴.

IV. Conclusões

Após análise da relicitação positivada pela Lei nº 13.448, de 2017, demonstrou-se que essencialmente o novo instituto compreende competências para celebração de

⁷³ O Tribunal de Contas da União parece apresentar leitura cética do instituto da relicitação. É preciso tomar cuidado e justificar devidamente a inclusão da opção de relicitação nos contratos de parceria, ainda que novos contratos. Na ocasião do Acórdão nº 1096/2019, Plenário, o voto do Min. Rel. Bruno Dantas ponderou que “não é recomendável a inclusão da novel hipótese de extinção do contrato [relicitação] antes da sua regulamentação e, principalmente, antes de o Poder Concedente sequer testar a sua aplicação nos específicos casos concretos para os quais instituto foi criado”. As justificativas apresentadas pelo Ministro seriam, em resumo, (i) a criação de incentivos para descumprimento do contrato, sobretudo daqueles com obrigações de investimento no final do prazo de vigência; (ii) aumento do risco moral, com assimetria de informações do prestador para o contratante e o regulador; e (iii) aumento de custos regulatórios para fiscalização da concessão, principalmente considerando o caráter embrionário do acordo de relicitação.

Apesar de serem preocupações relevantes, entendemos não ser possível afastar a possibilidade de se utilizar ferramentas em favor da Administração sob o simples pretexto de que o mecanismo complica a execução contratual, exigindo fiscalização e acompanhamento mais aprofundado pelo órgão contratante. É dever-poder da Administração realizar tais tarefas constituindo a relicitação em uma ferramenta adicional para, a critério do Poder Concedente, auxiliar na continuidade da prestação adequada de serviços ao Estado e/ou à população.

⁷⁴ Vale citar mais uma vez as palavras de Carolina Zaja Almada Campanate de Oliveira, *in verbis*: “Contudo, em se tratando de um instrumento que envolve inadimplemento contratual, inviabilidade dos ajustes e problemas de modelagem, a sua interpretação e aplicação devem ocorrer em um contexto bem delimitado. Assim, quando a lei fala em contratos de parceria “cujas disposições não estejam sendo atendidas” ou “cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente”, não é possível interpretá-la de modo a admitir a aplicação da relicitação nos casos em que o investidor vê suas expectativas frustradas e, assim, resolve restituir o objeto adjudicado. Um governo que aceita devoluções com muita facilidade, indica ao mercado que ele pode ser menos conservador quando da licitação. As propostas apresentadas podem ser menos críveis — podem considerar, por exemplo, aumentos de demanda não amparados pela realidade e superestimar o crescimento econômico —, já que, uma vez não efetivadas as suas projeções, basta realizar um acordo com o Poder Concedente, suspender investimentos e extinguir o contrato. As falhas envolvendo risco moral e seleção adversa em futuras licitações poderiam se multiplicar.” (OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. *Contratos Administrativos Complexos e de Longo Prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos*. Dissertação apresentada para obtenção do grau de mestre apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Orientador: Sérgio Guerra. Rio de Janeiro, 2018, p. 189).

acordos consensuais com a Administração Pública, seja para suspender processos sancionatórios de caducidade, seja para repactuar investimentos e organizar uma extinção amigável do contrato de parceria. Além disso, a relicitação traduz a prerrogativa do Poder Público para gerir e administrar os serviços e ativos que lhe foram outorgados pela Constituição Federal, podendo escolher motivadamente as formas de sua prestação e organização. É preciso cuidado e motivação adequada, mas não é impossível juridicamente fazê-lo na modelagem de novos ajustes de parceria.

Nenhuma das prerrogativas retromencionadas é nova à Administração Pública. Como explorado neste artigo, o Poder Público detém de robustas construções jurídicas para operar acordos concertados com particulares visando endereçar processos sancionatórios, inclusive daqueles advindos de relação contratual com a Administração. Adicionalmente, a Administração Pública detém de competência legal para operar acordos consensuais visando repactuar investimentos e planejar, em nome da continuidade dos serviços outorgados, a extinção de determinado contrato de parceria (ainda mais se isso estiver contratualizado *ex ante*). Por fim, demonstrou-se que cabe ao Poder Concedente decidir a melhor forma de organizar seus serviços e ativos, podendo decidir, justificadamente, sobre a realização de nova licitação.

O fio condutor para o exercício de todas estas competências conjugadas é a visão de que o interesse público pode ser alcançado de forma mais eficiente diante de acordos com particulares, afastando inevitáveis processos morosos/custos à Administração. Por se tratar do exercício de função administrativa, a atividade concertada do Poder Público tampouco encontra-se sem limites, devendo observar as balizas no Direito e no ordenamento jurídico para imprimir juridicidade nos acordos de relicitação.

Contrariamente do que alguns poderiam imaginar, não se faz necessário, a princípio, que o ente político publique uma lei somente para autorizá-lo a incluir em novos contratos a viabilidade de celebrar acordos de relicitação. Bastaria sólido tratamento contratual, com robusta justificativa, para viabilizar a utilização desta ferramenta pela Administração.

As críticas ao modelo, embora presentes, não parecem ser suficientes para *ab intio* descartar por completo a adoção de tratamento contratual para relicitação em novos contratos. Não é porque se trata de prerrogativa recente que não se pôde utilizá-la. É preciso que cada Poder Concedente avalie bem o emprego desta ferramenta caso necessária, lembrando que o segredo da sua legitimidade está na juridicidade dos atos praticados, com adequada fundamentação de cada passo dos gestores públicos.

Como resultado, entendemos comprovada a hipótese deste trabalho, no sentido de que a Administração Pública já poderia, a princípio, regrar procedimentos de relicitação em novos contratos de parceria, prevendo a possibilidade de acordos sobre sanções

contratuais e extinção amigável da avença, sem que haja detalhado tratamento legislativo para cada tipo de contrato ou de setor econômico específico.

O tratamento legal serve aos contratos já celebrados e cujo conteúdo em nada tenha regulado o tema. Nestes casos, embora não aprofundados reflexos no presente trabalho, há preocupação com a isonomia advinda do processo licitatório que deu origem aos contratos de parceria e, portanto, parece necessária legislação para balizar a atuação administrativa, ainda que fosse possível argumentar pela juridicidade da medida diante das prerrogativas aqui analisadas.

É claro, contudo, o tema merece maior aprofundamento e outras perspectivas. É assunto novo, sem precedentes concluídos para demonstrar a real vantajosidade do instituto. Espera-se que o presente ensaio sirva de ponto de partida para fomentar novos debates acerca desta ferramenta, dos acordos na seara sancionadora, e da extinção amigável de contratos administrativos. Às vezes a questão não está restrita aos contratos de parceria. Quem sabe?

V. Bibliografia

BARROSO, LUÍS ROBERTO. O Contrato de Concessão de Rodovias: particularidades, alterações e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro (Edição Especial), 2012.

BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Alteração dos Contratos Administrativos. In: Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 (Tratado de direito administrativo; v. 6 / coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro).

GARCIA, Flávio Amaral. Concessões, Parcerias e Regulação. São Paulo: Ed. Malheiros, 2019.

GUERRA, Sergio; e PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública. In: Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

GUEDES, Francisco Augusto Zardo. Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Os Princípios Constitucionais da Administração Pública e os Acordos Substitutivos de Procedimentos e Sanções Administrativas. In: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ada5e0b63ef60e22> >. Acessado em 28.01.2021

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP nº 752: perguntas e resposta. In: Revista de Direito Público de Economia – RDPE. Belo Horizonte: a. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017.

HARB, Karina Houat. Aspectos controvertidos das sanções aplicáveis pela Administração Pública em contratos administrativos. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Direito Administrativo Sancionador – estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUCSP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019.

OLIVEIRA, Carolina Zaja Almada Campanate de. Contratos Administrativos Complexos e de Longo Prazo: a prorrogação antecipada e a relicitação na teoria dos contratos públicos. Dissertação apresentada para obtenção do grau de mestre apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Orientador: Sérgio Guerra. Rio de Janeiro, 2018.

OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 7ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigma do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. RDA – revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 928, out./dez. 2013.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e Acordo na Administração Pública. São Paulo: Ed. Malheiros, 2016.

PEREIRA, Cesar. A relicitação na Lei 13.448: previsão de relicitação nos contratos de parceria dos setores de rodovias, ferrovias e aeroportos. Artigo publicado no canal digital do Jota, acessível em: < https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-relicitacao-na-lei-13-448-29062017 >. Acessado em 25.01.2021

SCHWIND, Rafael Wallback. Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Normas de sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Acordos administrativos no Brasil. São Paulo: Almedina, 2020, páginas 157-176.

SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e Contrato Administrativo: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994.

VÉRAS, Rafael. As prorrogações e a relicitação de que tratam a Lei nº 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de concessão. In:< <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/as-prorrogacoes-e-a-relicitacao-de-que-tratam-a-lei-n-134482017-um-novo-regime-juridico-de-negociacao-para-os-contratos-de-concessao> >. Acessado em 25.01.2021.

ZOKCUN, Maurício. Regime constitucional da atividade notarial e de registro. São Paulo: Ed. Malheiros, 2018.

O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL COMO CIÊNCIA JURÍDICA AUTÔNOMA

ARQUIMEDES TORRES DE MELO REVOREDO:

advogado, assessor e consultor jurídico previdenciário com foco à empresa e beneficiários da seguridade social, sócio administrador da ARSIA, especialista em direito processual, especialista em direito previdenciário, especialista em advocacia previdenciária, especialista em direito do consumidor, especialista em direito constitucional aplicado, mestrando em direito processual constitucional.

RESUMO: O presente artigo versa sobre o direito processual constitucional como nova ciência jurídica e sua autonomia por ser independente dos demais ramos do direito não confundindo com o direito constitucional e com o direito processual, bem como, o por quê de a denominação dessa disciplina não ser direito constitucional processual, mas sim direito processual constitucional. Para tanto utilizou-se de material bibliográfico de doutrinadores brasileiros, latinos americanos e europeus para expô-los com o objetivo de levar os operadores do direito à reflexão e inspirar no debate para o reconhecimento do direito processual constitucional como ciência jurídica e com autonomia.

Palavras-chave: Direito Processual Constitucional; Ciência Jurídica; Autonomia.

ABSTRACT: This article deals with constitutional procedural law as a new legal science and its autonomy for being independent from other branches of law, not confusing it with constitutional law and procedural law, as well as why the name of this discipline is not law constitutional procedural law, but constitutional procedural law. For this purpose, bibliographical material from Brazilian, Latin American and European scholars was used for the presentation with the aim of leading legal practitioners to reflection and inspiring the debate for the recognition of constitutional procedural law as a legal science with autonomy.

Keywords: Constitutional Procedural Law; Legal Science; Autonomy.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Direito Processual Constitucional como Ciência Jurídica – 3. Autonomia Científica do Direito Processual Constitucional – 4. Considerações Finais – 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo é de grande relevância para os operadores do direito, pois, versa sobre o direito processual constitucional como um ramo do direito independente dos

demais se destacando como uma ciência jurídica e sua autonomia em relação a outras disciplinas já estabelecidas no mundo jurídico.

Nas palavras de Siqueira Júnior (2006, p. 62) "o direito processual constitucional, este sim, configura-se como ramo autônomo do direito, com método e objeto de estudo próprio".

Buscou-se conceituar esse ramo do direito que emerge não só no Brasil, mas também, na América Latina e na Europa. Ainda, distinguiu-se dos demais ramos do direito como, direito constitucional e direito processual expondo os motivos de não denominá-la de direito constitucional processual, mas sim de direito processual constitucional.

Ao discorrer apresentou-se a importância dessa nova ciência jurídica para os operadores do direito, pois, é uma realidade inclusive nos casos concretos ao realizar do controle de constitucionalidade nos modelos difuso e concentrado.

Apesar de ser uma ciência jurídica que se harmoniza com os demais ramos do direito, também tem sua autonomia já que é independente e seu objeto de estudo difere das demais disciplinas jurídicas.

Para tanto utilizou-se de material bibliográfico com doutrinas jurídicas de professores e doutrinadores do direito processual constitucional brasileiros, latinos americanos e europeus.

Longe de esgotar o assunto até porque não é consenso no mundo jurídico o direito processual constitucional como ciência distinta das demais disciplinas jurídicas e sua autonomia objetiva-se com este trabalho trazer a reflexão e inspirar ao debate os operadores do direito para assim delimitar cada vez mais as especialidades do direito.

Sendo assim, verificará que após esta exposição o direito processual constitucional é digno de ser reconhecida como uma nova ciência jurídica e autônoma dos demais ramos do direito.

2 O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL COMO CIÊNCIA JURÍDICA

O direito processual constitucional é uma nova ciência do ramo do direito público que se explica a partir da relação que existe entre o processo e a constituição. Vale a pena dizer que trata das instituições processuais e garantias judiciais inseridas nas constituições de cada Estado, dos processos constitucionais, e os princípios e orçamentos fundamentais que qualquer processo deve ser aplicado em disputas entre as partes em homenagem ao princípio do devido processo.

Para Siqueira Júnior (2006, p. 62):

“O direito processual constitucional já se desponta como novo objeto da ciência jurídica, colocando-se ao lado de outros ramos do direito processual, como o direito processual civil, o direito processual penal, o direito processual do trabalho e agora também o direito processual constitucional”.

O ponto de partida poderia estar correto se não levar em consideração as assimetrias que existem entre os sistemas processuais e os modelos previstos para o controle de constitucionalidade. E isso sem levar em conta a polêmica que persiste entre aqueles que argumentam que os processos constitucionais e a função judicial no controle de constitucionalidade é puramente processual, nem daqueles que afirmam que ambos questões pertencem ao direito constitucional.

Ou seja, a simplificação é incorreta, pois além de observar que em qualquer controvérsia em particular, há sempre um conflito entre direitos que derivadas da Constituição, também existem diferentes perspectivas sobre os aspectos que definem a autonomia científica.

Além disso, trata-se de uma abordagem reduzida para questões processuais. É por isso que o direito processual constitucional está relacionado à jurisdição constitucional (organização judicial, teoria da interpretação, formas de cumprir princípio da supremacia constitucional) e, atualmente, a evolução e o impacto que tem a aplicação e eficácia no direito interno das Convenções, Acordos e Tratados de Direitos Humanos (controle de convencionalidade).

Nesse diapasão, Mazzuoli (2018, p. 68) diz “No Brasil, o devido processo convencional interno fortalece e complementa a garantia do devido processo legal, expressamente consagrada pela Constituição de 1988 (art, 5º, LIV)”.

É ainda adicionado a isso tudo o que se relaciona com os chamados direito processual transnacional que envolve inclusão no direito processual constitucional o estudo e desenvolvimento do funcionamento dos órgãos encarregados de fiscalizar tais direitos internacionais.

Ainda, Mazzuoli (2018, p. 36) diz:

“... o juiz nacional como *longa manus* do Estado, tem o dever de compatibilizar a norma doméstica com os ditames dos tratados de direitos humanos ratificado e em vigor no Estado, devendo, para tanto, proceder *ex officio* (para além, evidentemente, de quando há iniciativa da parte)”.

É verdade que na América Latina a ciência foi disciplinada com repercussão notável, mas aqui dá-se maior importância ao estudo dos processos as leis constitucionais e os poderes dos juízes que nelas atuam, enquanto que na Europa, a preocupação está voltada para a investigação dos limites e poderes dos tribunais constitucionais.

Um trata das garantias processuais no processo bilateral, o outro enfoca a dimensão da atividade normativa que pode desnaturar a proteção dos direitos fundamentais. Parece que o interesse em desvendar é saber o quanto o juiz no controle difuso pode fazer quando ele tem para cumprir seu dever de fortalecer a Constituição e fazer justiça no caso concreto em relação ao poder do tribunal no controle concentrado em uma única atividade para aplicar a lei e decidir se é ou não constitucional.

Segmentar a tarefa do juiz constitucional de acordo com os poderes que cada sistema atribui isso provavelmente está errado, porque, em última análise, ambos têm a missão de equilibrar as tensões entre os objetivos constitucionais e a justiça do caso.

Para aceitar a divisão, a tarefa de direito processual constitucional no sistema do controle difuso de constitucionalidade a dimensão do problema estará na as funções do juiz ordinário que atua em e para o caso concreto, onde haja um conflito entre partes conhecidas e que exigem uma solução apenas para si mesmas.

Por outro lado, onde existem tribunais constitucionais, a missão da lei o direito processual constitucional explicará o modelo, uma espécie de direito processual concretizada, o que significa extrair da lei material constitucional essencial para o trabalho e gerar com ele, métodos de interpretação.

O que se verifica, além disso, é que o chamado controle difuso está cada vez mais se afastando mais do modelo que lhe deu origem. Mesmo os países mais próximos ideologicamente à Constituição dos Estados Unidos, eles preferiram derrubar o controle órgãos constitucionais aos órgãos colegiados de interpretação final ou de encerramento, evitando que a intenção objetiva de fazer cumprir a conformidade supremacia constitucional.

Conforme, Teixeira Filho (1985, p. 60) ao se referir ao sistema difuso diz:

“... o primeiro foi adotado nos EEUU ... Tomando em conta as suas origens, poderíamos chamar de norte-americano o sistema difuso e de austríaco o concentrado, embora saibamos que a origem remota do primeiro não foi, a rigor, norte-americana, conforme procuramos demonstrar anteriormente”.

No entanto, para emancipar o direito processual constitucional não bastará examinar o conteúdo analiticamente, mas, além disso, será necessário encontrar um rigor

metodológico que o distingue para evitar confusões de localização ou simplesmente para demonstrar suas linhas de fundação.

Alguns entendem que a comunidade de interesses que a ciência possui está no direito fundamental à legalidade constitucional que no Brasil se refletiria no princípio obrigatório de aplicar a interpretação mais alinhada com a supremacia da Constituição, no entanto, esta declaração seria afetada (na verdade, é um complemento necessário) pela influência dos Pactos e Convenções Internacionais sobre os direitos humanos, que trazem o dever de especificar o controle da convencionalidade.

O controle da convencionalidade constitui a função essencial dos organismos internacionais competentes que, de acordo com expresso, eles não se configuram como funcionários nacionais, legisladores ou juízes, mas sim interpretar atos domésticos sob a Convenção. É mencionado em campo internacional constitucionalização do direito internacional, no sentido de construir uma ordem jurídica constitucional de respeito aos direitos. Posição para ser está se manifestando há aproximadamente duas décadas.

Borges (2018, p. 137) ao discorrer sobre fundamento jurídico do controle de convencionalidade diz que esta tem sua natureza obrigatória na Convenção Americana de Direitos Humanos, nos artigos 1.1 e 2:

“A primeira norma estabelece aos Estados-partes obrigações gerais de respeito e garantia aos direitos convencionais, constituindo a comunicação entre os ordenamentos internacional e interno, e a segunda, a obrigação de adotar disposições para harmonizar o direito interno com o interamericano, exigindo a compatibilização entre os ordenamentos jurídicos”.

Agora, o fenômeno descrito sinteticamente mostra que a função constitucional de juízes ou tribunais constitucionais alimenta e nutre a disciplina, dando origem a particularidades que o processo constitucional deve adquirir.

No entanto, razões há pelas quais as magistraturas especiais, se torna evidente a distância com a polaridade tradicional que gerou a criação de tribunais constitucionais, onde o conhecido julgamento de Hans Kelsen (A garantia jurisdicional da Constituição, 1928) argumentou que o melhor sistema para evitar a desconfiança dos juízes tradicionais foi a criação de um tribunal neutro, mas específico na missão de controlar a constitucionalidade das leis, tese contra a qual Carl Schmitt reagiu (O guardião da Constituição, 1931) alegando que assim a justiça se politizou e o juiz passou a ser legislador.

Ou seja, em ambos os sistemas não se trata de apontar os opostos. Enquanto no sistema de controle difuso opera na solidão do problema contingente e próprio que resolve o controle constitucional no limite subjetivo (entre as partes) da coisa julgada, no sistema concentrado, a regra é abstração e generalidade do pronunciamento porque o princípio da legalidade interessa perante a justiça do caso concreto.

Paulo e Alexandrino (2008, p. 38 e 63) relatam:

“O controle de constitucionalidade difuso ... baseia-se no reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo por qualquer componente do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, em face de um caso concreto submetido à sua apreciação”.

“Diferentemente do controle difuso, de origem norte-americana, que se limita, em um caso concreto, a subtrair alguém aos efeitos de uma lei, o controle abstrato é efetivado em tese, sem vinculação a uma situação concreta, com o objetivo de expelir do sistema a lei ou ato inconstitucionais. Diz-se que no controle abstrato a inconstitucionalidade é examinada “em tese” (*in abstracto*) porque o controle é exercido em uma ação cuja finalidade é, unicamente, o exame da validade da lei em si; a aferição da constitucionalidade da lei não ocorre incidentalmente, em um processo comum”.

Neste dualismo polarizado entre duas leituras que chegam de diferentes concepções que se impõem para realizar o controle da constitucionalidade, eles derivam imprecisões e confrontos estéreis que não favorecem a ciência que abordamos.

Na verdade, considerar que o juiz do sistema americano atende à justiça objetivo do caso específico, como acreditar que o tribunal concentrado do sistema europeu resolve abstraindo da causa, são caminhos confusos que demonstram inconsistência das respostas obtidas em uma ou outra posição.

Nenhum é preciso porque, no primeiro espaço, a solidez dogmática se perde quando encontrar diversidades no sistema de controle de constitucionalidade que o Países da América Latina, o que diferencia os modelos de regulamentação processual de processos e uma leitura diferenciada em cada uma das garantias da jurisdição, sobre mudança, no segundo, não se percebe ou se considera que existem mecanismos transnacionais que tornam constitucional uma multiplicidade de processos que na ordem os reclusos não são servidos pelos tribunais constitucionais, como não é analisado que essas magistraturas especiais não funcionam isoladas do contexto, nem são insensíveis a sofrimento humano: muito pelo contrário, embora a personagem pura jurisdição que

exercem, não há nenhum medo de alegar que a resolução também se aplica a um julgamento entre as partes.

As alternâncias na interpretação podem levar a crer que somente aqueles que têm tribunais constitucionais têm uma jurisdição especial e um direito procedimento constitucional (embora seja difícil encontrá-lo assim definido), assim como, acontece que aqueles que estudam a disciplina desde os limites do controle difuso são sujeito ao erro de buscar o direito processual constitucional nos pilares de um ciência ou outra (isto é, em direito processual ou direito constitucional), quando na verdade, não é um ramo ou projeção de nenhum deles, mas mais um caso de direito público.

Com essa lógica também se argumenta que a atuação dos tribunais constitucionais são o exercício da jurisdição constitucional, ao contrário dos juízes que resolvem processos constitucionais cuja tarefa expressa um modelo de justiça constitucional.

Figueiredo (2016, p. 23) diz que:

“A existência da justiça constitucional é o resultado último da consolidação do Estado de Direito e da Constituição como norma suprema e positiva. Só pode existir uma justiça constitucional verdadeira nos Estados livres onde os juízes tenham independência e garantias para aplicar a constituição e seus valores sem temor”.

O ponto de partida para reconhecer a disciplina começa com o esclarecimento do conteúdo. Uma versão mínima que trata da magistratura e processos constitucionais e, portanto, explicar o desenvolvimento de modelos de controle de constitucionalidade das leis, ou ampliar o espectro e abrangência das garantias contidas nas cartas fundamentais, os processos que para o efeito são concebidos, e os órgãos encarregados de perseguir tais objetivos, sem a necessidade de restringir a visão aos tribunais constitucionais.

Nesse sentido, Guerra Filho (2005, p. 7) relata:

“Seriam, então, temas típicos ao Direito Processual Constitucional, a organização da estrutura judicial, com a distribuição da competência entre os diversos órgãos da jurisdição; os princípios gerais do processo consagrados na Constituição, tais como o do contraditório, do devido processo legal, etc.; e as ações previstas na Lei Maior com o fim de resguardar a integridade e implementar o próprio ordenamento jurídico constitucional”.

Além disso, a fim de determinar a localização da ciência, é muito importante surgimento dos chamados direitos de terceira geração, uma vez que implantam um princípio da cooperação coletiva, que implica uma renovação na proteção típica de direitos

individuais, afetando os princípios tradicionais do processo judicial, como são a bilateralidade do contraditório, a legitimidade para agir e, principalmente, a âmbito da coisa julgada.

3 AUTONOMIA CIENTÍFICA DO DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

Ainda não há acordo doutrinário para apoiar a autonomia como ciência do direito processual constitucional. Alguns derivam do direito processual e outros de direito constitucional, portanto as respectivas declarações de direito processual constitucional e direito constitucional processual.

Dessa forma, Siqueira Júnior (2006, p. 37) diz:

“A Constituição Federal preocupou-se em estabelecer garantias para o processo, em especial, para o processo penal, tendo em vista o bem jurídico tutelado, que é a liberdade, não abandonando outros ramos do direito processual. Essa tutela é estudada pela disciplina direito constitucional processual, que surge da relação evidente entre constituição e processo. Dessa forma, podemos, podemos utilizar duas denominações para identificar a aludida reciprocidade: direito constitucional processual e o direito processual constitucional”.

O doutrinador Hernández Valle (1995 p.35 e 36) sustenta que:

“No processo constitucional, protege-se dois direitos legais diferentes: os direitos fundamentais dos cidadãos e o princípio da supremacia constitucional. Portanto, existem vários tipos de processos, que respondem a diferentes necessidades, uma vez que os interesses em jogo são também diferentes. Esta realidade das condições do processo constitucional logicamente o conteúdo do direito processual constitucional, o que implica que numerosas instituições do direito processual clássico têm que se adaptar e até ser radicalmente transformado para satisfazer os dois interesses jurídicos protegidos por este novo ramo jurídico processual”.

A ideia parte de questionar se o funcionamento do tribunal constitucional goza de autonomia processual para que seja seu órgão da jurisdição que tem o poder de preencher as lacunas existentes e interpretar as disposições processuais legais para o efetivo cumprimento do funções que lhe são confiadas.

A instalação de estudos em direito constitucional recebe importante respaldo, embora divida as preferências argumentando que o direito processual constitucional é um setor do direito constitucional que trata de algumas instituições procedimentais

consideradas fundamentais pelo constituinte formal ou informal. Essas questões incluem, por exemplo, certas garantias de uma correta administração da justiça. Em vez disso, a lei processual constitucional é um ramo do mundo jurídico que se situa no direito processual, e atende aos dispositivos procedimentais obviamente legais destinados a garantir a supremacia constitucional. O direito processual constitucional é, principalmente, o direito de jurisdição constitucional, e tem duas áreas principais: a magistratura direito constitucional e processos constitucionais.

O direito processual constitucional é um conjunto de princípios e normas legais consagrados na Constituição e na lei, que regulam os processos constitucionais e procedimentos constitucionais, quaisquer que sejam os órgãos encarregados de preservar com justiça a supremacia da Constituição e da proteção dos direitos humanos. Como corolário do acima, podemos afirmar que o direito processual constitucional estuda o devido processo, a partir da perspectiva constitucional, de acordo com tratados e convenções internacionais aprovadas pelo Congresso, que reconhecem os direitos humanos.

O professor peruano Rodríguez Domínguez (1997, p. 23 e ss) argumenta, por sua vez, que a existência de normas processuais na Constituição, não implica a existência de um Direito processual constitucional, uma vez que ainda é da área do direito constitucional, porque a Constituição é a base do sistema jurídico de um Estado. Se assim não fosse, teríamos que admitir - acrescenta - que também existe um direito civil constitucional ou direito constitucional do trabalho. Em suma, o direito processual constitucional é baseado na Constituição, mas não nasce da Constituição, embora contenha regras processuais. Nasceu quando ditam as normas que regulam os processos pelos quais devem ser resolvidos conflitos de natureza constitucional, e a natureza constitucional do conflito é dada pela razão de ser de qualquer constituição: a manutenção do sistema jurídico por meio o respeito pela hierarquia normativa e a proteção dos direitos essenciais da pessoa humana.

Como pode ser visto, a perspectiva constitucional aborda o fenômeno do controle de constitucionalidade e pressupõe que os processos constitucionais façam parte das normas e princípios básicos de cada Estado que tratam da defesa das liberdades individuais e coletivo. A existência de processos constitucionais e, particularmente onde possuem tribunais constitucionais, isso não prejudica a habilitação, pois são tidos como atividades jurisdicionais de um órgão da Constituição.

Por outro lado, para García Belaunde (2008, p. 74), na dimensão procedimental a visão é diferente e, também, contraditório. No Brasil, por exemplo, é incentivado a aceitar a legislação processual constitucional não como uma disciplina independente e ainda menos autônoma, porque interpreta que se trata de um compêndio metodológico, de natureza preparatória, que serve para explicar o funcionamento do processo quando ele

atua de forma a preservar a regra de supremacia constitucional. É por isso que a doutrina está certa quando avisa que esta definição leva ao desaparecimento do direito processual constitucional ao torná-lo formal parte da teoria do processo.

A contradição que apontamos é observada quando usamos a teoria geral do processo na mecânica do processo constitucional, como fingir aplicar-se ao juiz constitucional (de controle difuso ou concentrado) as mesmas funções que o juiz ordinário, com o qual existem concordâncias incomparáveis.

Agora, como ramo do direito processual, que após um estudo detalhado e criterioso indica que a disciplina é um ramo de direito processual, que participa na sua natureza de direito público onde o processo, como garantia, é único e, portanto, é como o tronco de uma árvore da que saem vários ramos com singularidades próprias.

Esta linha de pensamento insiste com os ramos fornecidos, todos, pela teoria geral, permitindo encontrar um direito processual civil, direito processual direito penal, muitos outros (administrativo, trabalhista, etc.) e, em particular, direito processual constitucional.

Desta forma, o processo é definido como um gênero com procedimentos de leis constitucionais que possuem configurações particulares. Os poderes do juiz estão vinculados aos poderes da jurisdição em matéria de controle de constitucionalidade, para que não se encontrem mais diferenças entre os modelos como se entre pedidos.

Aqueles que frequentam o método, normas procedimentais, regras ou técnicas aplicadas, de tal forma que alguns confundem ou entendem jurisdição constitucional como sinônimos (ações de tribunais constitucionais), justiça constitucional (a sentença e seus efeitos sobre controle de constitucionalidade) ou direito processual constitucional em sentido lato.

A distinção é correta para avançar nessa nova ciência, e isso não se deve apenas ao fato de que todos os sistemas jurídicos fazem uso de mais procedimentos para dar justiça constitucional, mas também que os tribunais instituído ad hoc e, em muitos casos, os tribunais superiores de justiça ou seus seções especializadas foram investidas com outras funções, que configurar de forma bem diferente do que antes, o que os coloca mais tarde, em uma posição integradora peculiar no contexto das formas de Estado e governo.

Cappelletti (1987, p. 187) faz abordagem diferente e inovadora aos estudos de justiça constitucional, pois, nem toda ciência é puro escrutínio constitucional, porque existem projeções importantes em outras instituições, como a ações do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha quando se trata de legalidade dos partidos políticos, o julgamento sobre as acusações do Bundestag ou do Bundesrat contra o Bundespräsident, etc. Ou, do Tribunal Constitucional Italiano, quanto aos seus poderes para resolver conflitos

de atribuição de competências, ou interadministrativo ou entre localidades, etc. A possibilidade de se tornar órgão de decisão no julgamento político contra funcionários do Estado.

Todas essas manifestações podem certamente ser reduzidas a uma unidade, pelo menos sob seu aspecto funcional: o papel de tutela e ação judicial dos preceitos da lei constitucional suprema.

Talvez o ponto mais importante seja encontrado na dimensão transnacional assumindo a influência que a justiça tem fenômeno constitucional como um fenômeno que transcende fronteiras, estabelecendo uma espécie de nova lei superior de um tipo de comunidade que, como tal, coloca um teto diferente sobre reconhecidas nas soberanias territoriais.

É típico de quem não trata de questões teóricas, mas de pragmatismo pura de ação jurisdicional. A tese é apresentada como justiça constitucional ou jurisdição constitucional. É o pensamento que vem da Europa, dominado em centrar o procedimento constitucional na atividade dos tribunais constitucionais.

Guerra Filho (2005, p. 14) diz que:

“Esse aperfeiçoamento da jurisdição constitucional é um imperativo do chamado Estado Democrático de Direito, enquanto este é uma condição política para desenvolvimento autônomo do direito processual constitucional”.

Para o ilustre procedimentalista Almagro Nosete (1984, p. 157 e 158) diz:

“o fundador do direito processual constitucional foi, sem dúvida, o jurista vienense Hans Kelsen, inspirador do regulamento da Constituição Austríaca de 1920 de uma jurisdição cujo objetivo específico era a resolução de processos exclusivamente constitucional. A validade da constituição, de fato, é traduzida principalmente em a adaptação a isto das leis que o desenvolvem. Se as leis incorrerem contradição ou discordância com os preceitos constitucionais, os mandatos primários da lei suprema e a inconstitucionalidade é incorrida. A desordem ordenamento jurídico que, em cadeia, pode dar origem à multiplicidade de atos jurídicos, sujeitos a o cumprimento da lei inconstitucional, aconselha a instituição de órgãos e meios de comunicação remédios específicos para a injustiça”.

A justiça constitucional é, com efeito, constituído pelos procedimentos de aplicação da Constituição à resolução de casos controversos, embora não se limite apenas a isso. Ela também inclui a teoria da constituição como uma norma substancial. Desta forma a justiça constitucional deve ser concebida não como uma soma desses dois elementos, mas sim como a união de ambos, pois cada concepção da Constituição carrega em si uma concretização do procedimento, bem como cada concepção do procedimento implica uma concepção da Constituição. Não há *prius* nem *posterius*, mas uma implicação recíproca. Portanto, o termo justiça constitucional é muito longo para explicar o assunto em estudo, sendo preferível integrá-lo a mais duas noções, como a jurisdição constitucional, ou a magistratura encarregada de exercer em processos constitucionais, e direito processual constitucionais que seriam os trâmites tutelares das garantias e o princípio da supremacia constitucional.

Para Favoreau (1994, p. 13):

“Um tribunal constitucional é uma instituição criada para saber especial e exclusivamente sobre assuntos contenciosos constitucional, localizado fora do aparato judiciário ordinário e independente dele bem como o poder público. Um supremo tribunal, ou mesmo a câmara tribunais constitucionais de uma corte suprema podem ser jurisdições constitucionais, mas não são tribunais constitucionais”.

A falta de inteligência doutrinária para resolver a autonomia científica do direito processual constitucional pode levar a um questionamento de convergência onde ambos aceitam o que corresponde a cada um, ou assumir que devem coexistir razoavelmente, para que entre eles possam construir.

Questiona-se se é possível falar de um direito processual constitucional com referência ao conjunto de regras todas a serem interpretadas relativas ao estabelecimento de decisões constitucionais e a representação nestes de cargos subjetivas, as modalidades de atuação do tribunal constitucional, as características e efeitos de suas decisões: em síntese, as regras pelas quais a Constituição é colocada em posição de desenvolver a função de critério de julgamento prático para o resolução judicial de litígios relativos à sua esfera.

A perspectiva continental europeia, especialmente na Itália, Espanha e em menor medida na Alemanha, eles referem o ensino do procedimento constitucional ao campo desta última disciplina, tendo em vista que os tribunais constitucionais têm criado a necessidade de explicar o desenvolvimento de uma justiça especial que denominada “jurisdição constitucional”. A preferência está na descrição do sistema normativo e exegese.

Por outro lado, há um olhar diferente que tenta localizar o direito processual direito constitucional no domínio da teoria geral do processo, a partir do qual em vez da natureza do conflito privado entre as partes, as consequências da lei públicos que emergem em conflitos constitucionais. Com esta base o direito processual constitucional como direito público, onde as garantias do processo são substanciais e nunca adjetivo. Ou seja, constituindo o processo constitucional em um conjunto de regras e princípios comuns (devido processo) a partir do qual pode projetar de procedimentos constitucionais especiais, como mandado de segurança, habeas corpus, habeas data, etc.

Em suma, o desacordo sobre a área onde o estudo disciplina tem três posições diferentes:

- a) O primeiro deduz que a análise do direito processual constitucional é principalmente da responsabilidade do direito constitucional, uma vez que as questões emergem dele central no que se refere a "processos" e "conflitos" constitucionais, e mesmo dele surgem os trâmites processuais do caso (habeas corpus, mandado de segurança, etc.).
- b) Em segundo lugar, a disciplina está localizada como um capítulo da lei processual. Por exemplo, alguns dizem que o direito processual constitucional trata do conjunto normativo que regula o tribunal constitucional e os processos que conhece. É um galho puramente processual, cuja natureza não oferece problemas diferentes dos de direito processual em geral. Porém, apesar da gravidade das reflexões, é difícil partilhá-los, uma vez que a matéria processual constitucional não pode ser identificada de forma única com a presença de um tribunal constitucional. Apenas olhando para um sistema de controle de diferente constitucionalidade, basta encontrar dificuldades de enquadramento.

Outros, na mesma linha, acreditam que as garantias constitucionais são processuais e, portanto, fazem parte da lei, norma adjetiva. Esta relação entre regras é importante, mas não definitivo para estabelecer uma determinada atribuição científico.

- c) A terceira é uma posição eclética. Em geral, ele responde a uma fórmula que reconheça elementos constitucionais e procedimentais, sem um oprimir, superar ou aprisionar o outro. Presume-se que a ciência não é suficientemente elaborada para que a localização final em uma dimensão de plena autonomia, é um risco que por enquanto não deve ser corrido.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, conclui-se que depois de tantas exposições, não há dúvida de que o direito processual constitucional constitui o fenômeno jurídico de maior importância doutrinária.

Mesmo em direitos de evolução notável, como os derivados das relações de consumo, meio ambiente e direitos difusos, admitem contar com os paradigmas daquela.

Acontece também com a renovação dogmática da teoria do processo, onde o conceito de ação reconhece a influência constitucional, o acesso à justiça permanece enquadrado nas razões dessa disciplina, a eficácia e as modalidades de decisões que são proferidas para grupos de pessoas que transcendem os critérios litígios de consórcio tradicionais para se tornarem ações coletivas, eles também dizem abateça-se de inovações do direito processual constitucional.

Por este motivo, a posição hesitante da doutrina mais transcendente que, por sua influência e fundamentos não podem ser substituídos, não parece aceitável, pois que demonstra porque a ciência do direito processual constitucional é autônoma do direito processual e independente do direito constitucional.

Não no sentido de afirmar que não tem nada a ver com eles, mas para definir o que levou de um e de outro para adotar uma característica própria que forneça modelos e razões para operadores do direito que devem trabalhar com suas fundações.

REFERÊNCIAS

ALMAGRO NOSETE, José. **Constitución y Proceso**. Barcelona: Bosch, 1984.

BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **La giurisdizione della libertà**. Milano: Giuffrè, 1987.

FAVOREAU, Louis. **Os tribunais constitucionais**. Barcelona: Ariel, 1994.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. **Direito processual constitucional em perspectiva**. Biblioteca Jurídica de Porrúa Processo Constitucional nº 24. México: Porrúa, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos e fundamentais**. 4 ed. rev. E ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. **Direito processual constitucional**. São José da Costa Rica: Juricentro, 1995.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de constitucionalidade**. 8 ed. São Paulo: Método, 2008.

RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito A. **Direito processual constitucional**. Lima: Grijley, 1997.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público**. São Paulo: LTr, 1985.

ABANDONO DIGITAL E A RESPONSABILIZAÇÃO DOS PAIS FRENTE AOS EFEITOS NOCIVOS OCASIONADOS PELO EXCESSO NO USO DO AMBIENTE VIRTUAL

RAYANA DE ARAÚJO AZEVEDO:

Bacharelanda do Curso de Direito do
Centro Universitário Santo Agostinho -
UNIFSA

ANA CLARA OLIVEIRA LEAL DE CARVALHO⁷⁵

(coautora)

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA⁷⁶

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo trata sobre o abandono digital e a responsabilização dos pais no ambiente virtual, demonstrando como se dá a responsabilização dos pais diante do abandono digital, considerando a evolução da sociedade e dos novos modelos familiares nos moldes da sociedade moderna. O número reduzido de pesquisas, além dos crescentes casos a respeito do abandono digital, viabilizou a elaboração do presente artigo. A abordagem do referido tema se faz necessária para promover ainda mais o seu debate e auxiliar a evitar as possíveis consequências que podem trazer para o futuro de crianças e adolescentes. No estudo desenvolvido, inicialmente partiu-se das noções gerais trazidas na Constituição Federal, para posteriormente serem analisados os dispositivos infraconstitucionais, e, somente após essas etapas, chegar as considerações finais. Assim, como forma de inibir a ocorrência de abandono digital, o estudo destacou formas de evitar as eventualidades consequências trazidas pelo excesso de tecnologia utilizada pelos menores.

Palavras-chave: abandono digital, responsabilização, obrigações paternas, omissão, consequências.

ABSTRACT: This article deals with digital abandonment and parental accountability in the virtual environment, demonstrating how parents are held responsible in the face of digital abandonment, considering the evolution of society and new family models in the mold of modern society. The reduced number of researches, in addition to the growing cases about

⁷⁵ Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

⁷⁶ Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

digital abandonment, made the elaboration of this article possible. The approach to this theme is necessary to further promote its debate and help to avoid the possible consequences that it can bring to the future of children and adolescents. In the study developed, initially, the general notions introduced in the Federal Constitution were started, and the infra-constitutional provisions were later analyzed and, only after these steps, the final considerations could be reached. Thus, as a way to inhibit the occurrence of digital abandonment, the study highlighted ways to avoid the eventualities and consequences brought about by the excess of technology used by minors.

Keywords: digital abandonment, accountability, parental obligations, omission, consequences.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O dever de vigilância dos pais em relação às crianças e adolescentes. 2.1 À luz da constituição federal e do código civil. 2.2 À luz do estatuto da criança e do adolescente. 3 As transformações ocorridas nos modelos familiares entre os séculos XIX e XXI. 3.1 O papel dos integrantes do âmbito famílias e a transição da idade média para a moderna. 3.2 O papel dos pais na infância e adolescência. 3.3 A família após avanços tecnológicos. 4 A inserção do abandono digital no ordenamento jurídico. 4.1 A aplicação de medidas protetivas em prol da criança e adolescente. 4.2 A omissão dos pais no dever de cuidado dos filhos e responsabilização através do código penal brasileiro. 5 Consequências do abandono digital. 5.1 *Cyberbullyng*: responsabilização objetiva dos pais. 5.2 Quanto à prática de *sexting*. 6 Considerações finais. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O abandono digital é um tema bastante recorrente no presente, em contrapartida, possui pouca abordagem jurídica, assim como ainda existem poucas pesquisas no meio acadêmico relacionadas a esse conteúdo.

O presente estudo foi desenvolvido através de uma revisão bibliográfica, legislação vigente, doutrina e análise de artigos científicos, com abordagem dedutiva. A abordagem dedutiva tem como base o raciocínio lógico, cuja conclusão se dá através de etapas com análise de informações.

No estudo desenvolvido, inicialmente partiu-se das noções gerais trazidas na Constituição Federal (BRASIL, 1998), para posteriormente serem analisados os dispositivos infraconstitucionais, e, somente após essas etapas, chegar à conclusão.

O presente artigo está dividido em quatro capítulos, e, por fim, sua conclusão. Em suma, em seu primeiro capítulo foi abordada a obrigação dos pais/responsáveis quanto ao dever de vigilância sobre os filhos, sendo dividida em dois subtópicos, conforme amparo legal disposto na Constituição Federal, Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente, além de bases principiológicas que justificam a referida obrigação.

Em seguida, no segundo capítulo, trata-se das evoluções nos modelos familiares, ocorridas entre os séculos XIX e XXI, em razão das mudanças enfrentadas pela sociedade nos aspectos sociais, econômicos e culturais. Essas evoluções decorrem de alterações estruturais, levando a novos conceitos quanto a criança e ao adolescente. Destaca-se que, após os avanços tecnológicos, surgiram outros tipos de modelos familiares, o que também é debatido no trabalho em questão.

No terceiro capítulo é discutido a possibilidade de aplicação a medidas punitivas para aqueles que praticam o abandono digital, e os dispositivos que podem ser utilizados, havendo inclusive disposição no Código Penal, com pena de detenção.

Para finalizar, são tratados alguns tipos de consequências sofridas pelas crianças e adolescente vítimas de abandono digital, como por exemplo, a prática de *cyberbullying* e *sexting*.

O presente trabalho possui como principais objetivos demonstrar a importância do acompanhamento familiar dos pais em relação aos filhos, bem como possível responsabilização dos mesmos no caso de abandono digital, além de apresentar as consequências jurídicas decorrentes da negligência dos pais.

Com o passar do tempo, a família, definida no art. 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1998), como “base da sociedade”, tem passado por constantes mudanças e evoluções, principalmente quanto a forma de criar e educar os filhos.

Como uma das consequências dessas mudanças, o abandono digital atualmente vem sendo motivo de debate e estudos científicos, em razão do aumento no número de casos em que ocorre, principalmente com o advento das aulas remotas, onde as crianças e adolescentes tem passado mais tempo que o ideal em contato com a internet, muitas vezes sem a mínima supervisão dos pais.

O abandono digital é caracterizado pela negligência dos pais ou responsáveis, que são omissos quanto ao dever de vigilância em relação aos filhos durante o uso de

equipamentos eletrônicos com acesso ao ambiente virtual, gerando efeitos nocivos e até irreversíveis aos menores.

É de extrema relevância destacar que os pais são os principais responsáveis pelos seus filhos, principalmente no ambiente virtual. Sabemos que a internet tem contribuído positivamente para o crescimento e formação da sociedade atual, com apenas um clique podemos navegar e obter informações que percorrem todo o mundo, facilitando nosso acesso sem se quer precisar sair do conforto do nosso lar.

E em relação a esse aspecto, evidencia-se que os pais desempenham o papel essencial na educação dos filhos e, com o advento da Era Virtual, o dever de fiscalização, devidamente amparado pelo art. 932, inciso I, do Código Civil (BRASIL, 2002), sendo responsáveis pelos atos praticados pelos menores e por qualquer dano que eles venham a sofrer.

Nessa era de distanciamento social o acesso a internet tem sido bastante imprescindível para todos, dando um destaque maior para jovens, crianças e adolescentes. Estes últimos necessitam dar continuidade a sua vida acadêmica e o meio mais adequado e eficaz tem sido as aulas a distância disponibilizadas através de plataformas virtuais, permitindo assim um maior acesso desse público não só nas redes sociais, como também ao maquinário digital.

O Estatuto da Criança e do adolescente (Lei 8.069/90) dá atenção não somente as relações de vínculo material, mas especialmente as relações de amorosidade e afetividade, pois essas são pilares para que a estrutura familiar possa fluir e se fortalecer. Com o uso constante e abusivo da tecnologia e seus adereços, se torna cada vez mais perceptível a desconstrução desses laços, um dos pontos que podemos destacar com isso é a falta de diálogo.

É fato que os pais tem outras ocupações diárias, um exemplo delas é o trabalho, até mesmo para que possa contribuir financeiramente na vida dos seus dependentes, mas isso acaba deixando muito a desejar na relação familiar. Na maioria das vezes, os filhos não tem o apoio e direcionamento necessário nessa relação em decorrência da ausência dos pais que não podem dar total apoio. Dessa forma, se refugiam no meio virtual e acabam não tendo o policiamento devido quanto a essa utilização.

2 O DEVER DE VIGILÂNCIA DOS PAIS EM RELAÇÃO ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES.

2.1 À LUZ DA CONSTITUÇÃO FEDERAL E DO CÓDIGO CIVIL

Levando em consideração todas as mudanças ocorridas ao longo dos anos para que crianças e adolescentes possam passar de meros objetos de adultos a sujeitos de direito, a Constituição Federal (BRASIL 1988), atual constituição cidadã, põe a salvo em seu artigo 227, que:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Da mesma forma, o Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002), que trouxe consigo a responsabilidade objetiva dos pais, atua semelhante ao elencar responsabilidades que cabem a família, para que a mesma não se desampare. Dessa forma, o artigo Art. 1.634 do Código Civil de 2002 dispõe:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Dessa forma, assegura o dever de cuidado dos pais para com os filhos.

2.2 À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Regulamentado pela Lei Federal nº 8.069/1990, o ECA dispõe sobre a proteção integral de crianças e adolescentes. Essa Proteção Integral no ordenamento jurídico brasileiro foi introduzida por meio do artigo 227 da CF/1988 (BRASIL 1998), que sustenta ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, à criança e ao adolescente, com total prioridade os preceitos basilares a todo ser humano.

A doutrina jurídica da proteção integral elencada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente se fundamenta em três princípios, sejam eles: criança e adolescente como sujeitos de direito (deixando de ser objetos passivos para se tornarem titulares de direitos); destinatários de absoluta prioridade e respeitando a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Nessa linha, Amim (2018. p. 62.) refere-se ao tema da seguinte forma:

Pela primeira vez, foi adotada a doutrina de proteção integral fundada em três pilares: 1º) reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção integral; 2º) crianças e jovens têm direitos à convivência familiar; 3º) as Nações subscritoras obrigam-se a assegurar os direitos insculpidos na Convenção com absoluta prioridade.

A Constituição Federal objetiva assegurar garantias e direitos a essas crianças e adolescentes. Tendo em vista que o ECA segue o mesmo pressuposto, reconhece-os como pessoas de direito, preservando para que esses direitos não sejam violados.

3 AS TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NOS MODELOS FAMILIARES ENTRE OS SÉCULOS XIX E XXI

A família considerada atualmente tem diferenças relevantes, quando comparada, por exemplo, com os moldes de família no século XIX. Esse fator decorre das variadas mutações que a sociedade sofre ao longo do tempo, sem contar na adequação que a mesma impõe, principalmente por nos dias atuais apresentar diferentes arranjos familiares. Esse fator decorre principalmente das mudanças nos aspectos sociais, econômicos e culturais.

Acerca das mudanças ocorridas nos moldes familiares, Rolf Madaleno (2020, p.102) se posiciona:

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.

A ideia de família agora é pautada nos vínculos afetivos, em valores como respeito, amor, empatia, honestidade e não mais baseada na ideia inicial de casamento apenas entre homem e mulher, com finalidade sexual ou de procriação.

3.1 O PAPEL DOS INTEGRANTES NO ÂMBITO FAMILIAR E A TRANSIÇÃO DA IDADE MÉDIA PARA A MODERNA

A família datada no século XIX era mais hierarquizada, onde atrelava atribuições mais significativas do ponto de vista da época aos seus membros, o pai era a figura mais importante, "economicamente" falando, pois tinha a função de sustentar, gerir e prezar pelo nome, possuindo assim funções sociais mais prestigiadas. A mulher ou esposa, assim como era vista, tinha a responsabilidade de zelar pelo lar e cuidar dos filhos, que preferencialmente deveriam ser do sexo masculino devido ao grande papel do homem no meio social. A educação dos filhos era mais baseada no cotidiano familiar, já eram mais instruídos a suceder e a sua educação era mais voltada para assumir grandes papéis no meio social.

No século XX os papéis perdem um pouco mais a sua importância, afinal a família se torna mais egocêntrica, onde a autoridade e hierarquização perdem um pouco o seu valor devido as crescentes contribuições capitalistas. Atualmente, o homem não é mais o único provedor da família. As mulheres ingressam cada vez mais no mercado de trabalho, ainda que em condições de desigualdade salarial. Nesse sentido, além de ter sua

importância reconhecida fora do lar, dentro dele, ela é capaz de decidir, inclusive, quantos filhos quer ter.

Segundo (TARTUCE, 2019, p. 1056) as alterações estruturais e funcionais no direito de família podem ser sentidas pelo estudo de seus princípios, muitos deles com previsão na Constituição de 1988. Na atualidade, a família se distingue muito daquela de meados do século XIX, não tem aquela função determinada que cada integrante possuía, hoje pode se dizer e perceber que essas funções são bem distintas ou até mesmo invertidas para cada um. Ocorreram notáveis alterações no conceito de família, esta não mais é a tradicional entendida como “Pai, Mãe e Filhos”. Hoje já temos a união de pessoas do mesmo sexo que inclusive podem adotar seus filhos.

3.2 O PAPEL DOS PAIS NA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

A infância e a adolescência estão totalmente interligadas, partindo do pressuposto que uma decorre da outra. A infância é a passagem para a adolescência, nesse momento ocorrem mudanças físicas e comportamentais. A figura dos pais não é mais de apenas reprodutores, mas de educadores, pois nessa transição de fase é o momento em que os filhos necessitam de maior atenção, instrução, cuidado e acolhimento.

De acordo com Maruco e Rampazzo (2020, pág 36), em seu artigo sobre “O abandono digital de incapaz e os impactos nocivos pela falta do dever de vigilância parental”:

Os pais são os principais influenciadores das ações das crianças e dos adolescentes, e a eles incumbe o dever de participar e monitorar os filhos para seu crescimento normal, hígido e digno. Isso não é exceção no meio digital, dado que esse é um reflexo do mundo real e possui os mesmos perigos. Um dos maiores desafios do Direito de Família, nos tempos da era digital é a manutenção dos vínculos de afeto e de convivência. A tecnologia que é utilizada para a interação de pessoas acaba por surtir efeito contrário no âmbito familiar.

É notório que cada vez mais os vínculos afetivos se descaracterizam, ficando desabastecidos de afeto e convivência, perdendo espaço para a individualidade de cada integrante da família que tende a pensar apenas em seus anseios e no seu próprio bem estar social.

3.3 A FAMÍLIA APÓS AVANÇOS TECNOLÓGICOS

A tecnologia e suas diversas inovações tem sido grande aliada da sociedade como um todo, facilitando o meio de comunicação de pessoas de diversos locais do mundo. Ultimamente tem sido meio para o trabalho de forma remota de milhares de brasileiros, assim como auxílio na vida de estudantes de todas as idades, que nesse momento de pandemia, decorrente do Covid-19, não querem atrasar seus cursos de formação acadêmica ou até mesmo suas séries escolares e precisam de fato assistir aulas de maneira virtual.

De acordo com todas as mutações que vem ocorrendo ao longo dos anos, no século XXI tem sido perceptível a adequação dos seres humanos aos veículos digitais, sejam eles: Computadores, *Smartphones*, *iPads*, *Notebooks*, *Kindles*, dentre outros.

Até então os pais detinham controle dessas ferramentas para com os filhos, limitando o uso, mas devido à grande aquisição desses aparelhos pela maioria dos grupos sociais de todas as idades, fica cada vez mais difícil esse controle, até mesmo porque nos dias atuais é praticamente uma necessidade ter acesso a um meio de comunicação compatível com o das outras pessoas para que assim não sejam seres retrógrados, e esse determinado meio dá acesso a várias outras abas.

É importante ressaltar que devido a essas transformações constantes nas agremiações, os pais (pai e mãe) estão cada vez mais ausentes no dia a dia de seus filhos, isso devido aos seus afazeres pra prover o sustento dos mesmos. Em muitos casos os dois integrantes precisam trabalhar, conseqüentemente não tem como estar policiando os filhos em determinadas ações.

Desse modo, os filhos estão cada vez mais propícios a ter acesso a diversos tipos de conteúdo, sejam eles próprios ou não. De fato, a internet é uma grande aliada, mas, se usada de forma indevida se torna bastante nociva.

Mirian Goldenberg esclareceu sobre as atuais relações familiares:

(...) o retrato familiar que se desenha hoje se baseia na qualidade das relações. Há mais investimento em afeto, tempo e atenção. A divisão doméstica de tarefas decorre de uma negociação permanente. Justamente por isso, o que manterá essa nova família unida é o empenho de todos os envolvidos. Será preciso respeitar a individualidade de cada um e estimular o diálogo e a reciprocidade. Significa aceitar que nem todos os conflitos serão resolvidos e que

temos que aprender a conviver com as diferenças. (GOLDENBERG, 2016, p. 1).

É inevitável o aumento de grandes obstáculos para manter uma boa convivência entre os familiares diante de diversas variações nesse meio e diante de tantos obstáculos que a sociedade impõe, mas é preciso para que os filhos tenham uma educação digna, com princípios e valores basilares, que os pais reservem um tempo para conviver com eles. O hábito de almoçar em família, ir ao cinema, o diálogo, dentre outras tarefas realizadas na convivência do pais faz com que seja perceptível conceitos adquiridos pela criança, assim como desenvolve sua concepção de pensamento.

4 A INSERÇÃO DO ABANDONO DIGITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

4.1 A APLICAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS EM PROL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O conceito de família mudou consideravelmente ao decorrer dos anos, e com isso também os seus direitos e deveres quanto aos filhos foram sofrendo alterações.

Conforme Gonçalves (2019, p. 315), filiação é definida através de uma relação consanguínea, ligada ou não à aquelas que a geraram ou as receberam como tal. Ainda segundo o autor, esse conceito pode ser subdividido, existindo a filiação em sentido estrito e a filiação propriamente dita, porém atualmente não leva mais em consideração se os filhos foram concebidos dentro ou fora de um casamento, representando uma importante evolução no direito das crianças e adolescentes.

Nesse mesmo sentido, Madaleno (2018, p. 633), conceitua filiação como uma relação que decorre do parentesco, com indivíduos pertencentes ao mesmo vínculo sanguíneo.

Ainda tratando sobre essas evoluções, é válido ressaltar a introdução da Doutrina de Proteção Integral no ordenamento jurídico, através do art. 227 da Constituição Federal (BRASIL 1998), que declarou alguns deveres da sociedade, do Estado, e principalmente da família em relação à criança, ao adolescente e ao jovem, dentre eles pode citar-se o dever de protegê-los de qualquer forma de negligência, exploração e violência.

Essa doutrina também foi um marco para a legislação menorista, pois passava a reconhecer a criança e o adolescente como um sujeito, que também possuem direitos e deveres que, em sua maioria, deverão ser garantidos pelos pais, e não como objetos sujeitos a qualquer tipo de abuso.

Essa obrigação dos pais em relação aos filhos é abordada novamente no artigo 1634 do Código Civil (BRASIL, 2002), sendo mencionada no inciso I a competência de dirigir-lhes à criação:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Além dos artigos já mencionados, a legislação brasileira possui outros dispositivos que abordam o tema e tratam sobre as obrigações dos pais quanto aos filhos, e ainda, o dever de reparação civil caso não haja o cumprimento dos citados deveres.

Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 57), abordam que a responsabilidade civil pode ser dividida entre subjetiva e objetiva. A responsabilidade subjetiva decorre quando o agente atua com negligência ou imprudência, e, no caso em

que não é necessária a caracterização de culpa, pode-se evidenciar a responsabilidade civil objetiva.

Quando os pais se tornam negligentes quanto ao dever de vigilância em relação aos menores, que estão sob sua responsabilidade, no ambiente virtual, podem ser enquadrados em uma situação de omissão, e, dessa forma, podem ainda sofrer punições, em razão das medidas protetivas presentes no ordenamento jurídico.

Como exemplo dessas medidas protetivas, o artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), aborda em seus incisos os casos em que elas são aplicáveis, e no inciso II a omissão dos pais ou responsáveis:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta.

O citado dispositivo legal, em seu artigo 129, enumera inclusive algumas medidas protetivas que poderão ser aplicadas, também no caso de abandono digital, devendo ser observado o caso concreto para que haja proporcionalidade com a sanção determinada:

Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;

I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família;

II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar;

VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado;

VII - advertência;

VIII - perda da guarda;

IX - destituição da tutela;

X - suspensão ou destituição do pátrio poder familiar.

É válido destacar que ainda é cabível a intervenção estatal, à depender da situação em que a criança ou adolescente se encontre.

4.2 A OMISSÃO DOS PAIS NO DEVER DE CUIDADO DOS FILHOS E A RESPONSABILIZAÇÃO ATRAVÉS DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Quanto à responsabilização criminal, o artigo 244 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) menciona o crime de abandono material, onde os pais poderão responder penalmente quando se trata de omissão no dever de cuidado

O abandono material é um crime que consiste na recusa, sem justa causa, no provimento necessário para a subsistência da vítima, que poderá ser o cônjuge, o filho, o ascendente, seja ele inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, o credor da pensão alimentícia e o descendente ou ascendente gravemente enfermo.

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

André Estefam (2020, p. 178) argumenta que esta norma compreende o dever de assistência intergeracional ou entre cônjuges, ou seja, a prestação de auxílio material voltado à subsistência do ente incapaz de sustentar-se, onde poderá ser enquadrado o dever de cuidado.

No mesmo sentido, o art. 246 também do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) define o crime de abandono intelectual, sendo mais uma forma de responsabilização criminal dos pais quanto aos filhos, vejamos:

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Diante disso, a tipificação do crime ocorre quando os pais deixam de tomar as medidas necessárias para a instrução primária dos filhos. Observa-se que, cada vez de forma mais recorrente, que as crianças não possuem acompanhamento escolar, pois estão presas ao uso da tecnologia sem os limites necessários, sendo caracterizada novamente a omissão.

5 CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO DIGITAL

5.1 CYBERBULLYING: RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DOS PAIS

O *cyberbullying* é conhecido como um tipo de violência praticada no âmbito virtual, podendo ser ela com o objetivo de agredir, perseguir, ridicularizar ou assediar alguém, podendo ser considerada também um tipo de violência psicológica. (SILVA. 2018)

Este tipo de *bullying* já foi compreendido como apenas uma brincadeira entre crianças, distante de se tornar um problema, era aceito como componente da fase escolar. O *cyberbullying* passou a ser objeto de estudo somente no final da década de 1970, quando o pesquisador Dan Olweus, da Universidade de Bergen, na Noruega, publicou um livro sobre o assunto, sendo considerado o precursor nos estudos deste fenômeno e criou elementos de identificação (LACERDA, 2018, p. 5).

Calhau (2019, p. 120-121) também menciona o período de evolução do conceito de *cyberbullying*:

A internet é um instrumento muito importante para o desenvolvimento da humanidade e, tal qual o avião, pode ser utilizada tanto para o bem como para o mal. As agressões por meio eletrônico (internet, mensagens via celular ou outros dispositivos eletrônicos) são uma evolução das antigas pichações em muros de colégios, casas ou até nos banheiros das escolas. Eram feitas na calada da noite e causavam grande dor às vítimas, além da impunidade para os seus praticantes. Hoje, os “lobos” mudaram os instrumentos, mas não as práticas. Abrem dolosamente, por exemplo, contas falsas em redes sociais e passam a espalhar mensagens difamatórias ou ameaças contra as vítimas com grande prejuízo para sua honra, saúde emocional e integridade moral.

No Brasil, segundo Lacerda (2018, p. 6), o tema ainda é pouco estudado, o que dificulta a comparação com outros países.

Apesar do número reduzido de discussões, a falta de vigilância e controle dos pais, perante a utilização da internet dos menores pode gerar a responsabilização objetiva dos mesmos.

A responsabilização civil dos pais está disposta no art. 932, inciso I do Código Civil (BRASIL, 2002), e aborda que os pais responderão civilmente pelos danos causados pelos filhos menores, não sendo necessário que haja culpa da sua parte, pois pertence a eles o dever de supervisão e orientação dos filhos:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Conforme esclarece Domingos e Junior (2019), é plenamente possível a aplicação da analogia a esse e outros dispositivos pátrios em matéria civil, responsabilizando os agressores e os seus responsáveis pela prática de *cyberbullying*. Os pais não podem alegar

que não sabiam que os filhos praticavam atos de *cyberbullying* gerando danos a terceiros, pois têm o dever de supervisionar os filhos.

Na seara penal, Machado (2021) defende que o *cyberbullying* nada mais é do que um crime contra a honra praticado em meio virtual, e o Código Penal traz três tipos: calúnia, injúria ou difamação.

Este código já define também o aumento de pena para quando o crime for praticado na presença de várias pessoas, por meio que facilite a divulgação, como ocorre perante as redes sociais.

A lei nº 13.431/2017 (BRASIL, 2017), em seu art. 4º, inciso II, especifica ainda quais os tipos de violência psicológica praticada contra criança e adolescente:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

I - violência física, entendida como a ação infligida à criança ou ao adolescente que ofenda sua integridade ou saúde corporal ou que lhe cause sofrimento físico;

II - violência psicológica:

a) qualquer conduta de discriminação, depreciação ou desrespeito em relação à criança ou ao adolescente mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, agressão verbal e xingamento, ridicularização, indiferença, exploração ou intimidação sistemática (**bullying**) que possa comprometer seu desenvolvimento psíquico ou emocional;

b) o ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este;

c) qualquer conduta que exponha a criança ou o adolescente, direta ou indiretamente, a crime violento contra membro de sua família ou

de sua rede de apoio, independentemente do ambiente em que cometido, particularmente quando isto a torna testemunha;

Com o aumento do uso da internet e de aparelhos eletrônicos por crianças e adolescentes, de forma não supervisionada pelos pais, esses menores tem sido expostos aos mais variados tipos de conteúdos, e ainda, a incentivos para a ocorrência desses tipos de violências.

5.2 QUANTO À PRÁTICA DE *SEXTING*

O *sexting* ainda é um termo não citado com tanta frequência, porém a sua prática entre crianças e adolescentes tem sido reiterada. Esse termo é utilizado para denominar a exibição de imagens de cunho sexual e seu compartilhamento, através do uso de aplicativos ou qualquer outro meio virtual. (SILVEIRA, 2019)

A prática do *sexting* se torna preocupante, inclusive para os adultos. Porém, em relação as crianças e adolescentes, que na maioria das vezes não possuem total capacidade de discernimento e, acreditam que nada de ruim pode vir a acontecer, ou acreditando que o pacto será cumprido e nenhuma foto será repassada, entram em um ciclo vicioso. (STASKO, 2017)

É válido ressaltar que essa prática pelos menores, e, por consequência, a falta de vigilância dos pais, fere alguns dispositivos legais, como, por exemplo, o art. 1634, incisos I a V do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município.

Knibbs (2020) aborda que o *sexting* leva a um comportamento autodestrutivo e de alto risco em adolescentes que estão passando por este tipo de experiência, o que os leva a uma situação ainda mais delicada, pois há um considerável risco de compartilhamento das imagens encaminhadas.

Dessa forma, é necessário que os pais supervisionem o uso dessa tecnologia, com o objetivo de evitar as consequências, muitas vezes irreversíveis, que esse excesso poderá trazer.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O abandono digital pode ser considerado como a origem de diversos problemas enfrentados pela população, a depender do caso concreto, pois interfere na formação humana, agregando traumas para os menores que ainda se encontram em desenvolvimento.

Dando prosseguimento, após a parte introdutória, foram expostos os impactos e reflexos do abandono digital na vida das crianças e adolescentes, assim como a responsabilização dos pais frente a tal situação. Depreende-se ainda que há carência de amparar esse público alvo afetado pelo tipo de abandono exposto no presente artigo.

Assim, diante dos pontos explanados, conclui-se que, apesar de o abandono digital se tratar de um instituto recentemente debatido, a sua ocorrência se dá com cada vez mais frequência, o que poderá levar a consequências irreversíveis para a sociedade como todo, principalmente em termos psicológicos.

Além disso, há a possibilidade de sanção para os pais ou responsáveis, funcionando como forma de punição em razão do cometimento deste tipo de abandono, dessa falta de cuidado e omissão, podendo ser no âmbito civil ou penal.

Resta claro que o artigo apresentado não tem como objetivo findar o assunto questionado, mas sim despertar o interesse pelo debate no âmbito acadêmico, social e científico como forma de prevenir o aumento de novos casos de abandono digital, apontando assim as principais consequências geradas por ele, tendo em vista buscar formas para solucioná-lo.

REFERÊNCIAS

AMIM, Andrea Rodrigues. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 62.

BRASIL. [CONSTITUIÇÃO (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de abr. de 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 28 de mar. de 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: 21 de abr. de 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 de abr. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 28 de abr. de 2021.

CALHAU, Lélío Braga. **Bullying**: o que você precisa saber: identificação, prevenção e repressão. 5.ed. Belo Horizonte: D Plácido. 2019.

DOMINGOS, Vanessa Santiago da Silva; JUNIOR, Euripedes Brito Cunha. **O inefetivo tratamento do cyberbullying no brasil**: a busca de mecanismos eficazes de combate. 22ª UCSAL. 2019. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/1294/1/O%20inefetivo%20tratamento%20do%20cyberbullying%20no%20Brasil%3A%20a%20busca%20de%20mecanismos%20eficazes%20de%20combate.pdf>. Acesso em: 03 de set. de 2021.

ESTEFAM, André. **Coleção Direito Penal**, volume 3. 7. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020.

FELIZARDO, Aloma Ribeiro. **Cyberbullying: Difamação na Velocidade da Luz**. São Paulo: Willem Books, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil - volume 3**. 12. ed. rev e atual. São Paulo, Saraiva, 2014.

GOLDENBERG, M. **Velho é lindo!** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. 16. ed. São Paulo. Saraiva Jur, 2019.

KNIBBS, Catherine. **Entendendo o impacto do sexting na mente de uma criança**. Disponível em: <https://www.internetmatters.org/pt/hub/expert-opinion/understanding-the-impact-of-sexting-on-a-childs-mind/>. Acesso em 03 de set. de 2021.

MACHADO. Charles M. **Cyberbullying é crime e pode ser mortal**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/92266/cyberbullying-e-crime-e-pode-ser-mortal>. Acesso em: 03 de set. de 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8.ed. Rio de Janeiro. Forense. 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARUCO RODRIGUES, Fábila de Oliveira. RAMPAZZO, Lino. **O abandono digital de incapaz e os impactos nocivos pela falta do dever de vigilância parental**. Rev. de Direito de Família e Sucessão | e-ISSN: 2526-0227 | Evento Virtual | v. 6 | n. 1 | p. 35-54 | Jan/Jun. 2020.

LACERDA, Igor Mendonça; PADILHA, Marcelo Fróes; AMARAL, Paulo Sérgio Pires do. **Cyberbullying: Violência Virtual e a Tipificação Penal no Brasil**. International Scientific Journal. Ano 2018, Vol. 13, n.2

SILVA, Carolina Cristina da. Cyberbullying: o que é?. Disponível em: <https://www.politize.com.br/cyberbullying-o-que-e/>. Acesso em: 03 de set. de 2021.

SILVEIRA, Athus. **O que é sexting? Saiba tudo sobre a prática de sexo por mensagens**. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/03/o-que-e-sexting-saiba-tudo-sobre-a-pratica-de-sexo-por-mensagens.ghtml>. Acesso em: 03 de set. de 2021.

STASKO, Emily. Casais que praticam “sexting” tem sexo melhor, mostra estudo. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/08/casais-que-praticamsexting-tem-sexo-melhor-mostra-estudo.html>. Acesso em: 29 de set. de 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 9. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

A INFLUÊNCIA DA PANDEMIA DO COVID-19 PARA O EFETIVO CUMPRIMENTO DOS MEIOS TECNOLÓGICOS PREVISTOS NO CPC E A CONTRIBUIÇÃO PARA A ADVOCACIA 4.0

JÚLIA AGUIAR WHITAKER GUIMARÃES:
Bacharelanda do curso de Direito, do Centro
Universitário de Santa Fé do Sul (UNIFUNEC).

LUCIANA STEFANONI⁷⁷.

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho possui como objetivo analisar a influência da pandemia na utilização efetiva dos meios tecnológicos previstos no Código de Processo Civil, bem como, sua contribuição para o futuro jurídico através da advocacia 4.0. Busca se constatar a efetividade do uso de tecnologias e o resultado prático em relação à celeridade e qualidade do serviço prestado. O método empregado foi hipotético-dedutivo, tendo como base da pesquisa, portais eletrônicos, revistas eletrônicas, doutrinas, artigos jurídicos, legislação, normas infralegais e sítios eletrônicos. Da análise sistemática às bases pesquisadas foi possível identificar muitas dificuldades vivenciadas pela comunidade jurídica pelo fato de não ser praxe a utilização do ambiente virtual na prática forense quando se trata de cumprimento de atos, sessões de julgamento, audiências e juntada de documentos ambos de forma virtual. Contudo, foi possível concluir que a utilização da tecnologia e dos ambientes virtuais é de suma importância, projetando o futuro, com a advocacia 4.0, *Home Office*, utilização dos meios tecnológicos e ambientes virtuais, de outra banda, é também extremamente necessário e urgente o desenvolvimento e aperfeiçoamento de normas para segurança, prática dos atos e fiscalização dos mesmos, tendo em vista que a tecnologia ante seu resultado prático veio para ficar.

Palavras-chave: Pandemia. Tecnologia. Advocacia 4.0.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the influence of the pandemic on the effective use of technological means provided for in the Civil Procedure Code, as well as its contribution to the legal future through advocacy 4.0. It seeks to verify the effectiveness of the use of technologies and the practical result in relation to the speed and quality of the service provided. The method employed was hypothetical-deductive, based on the research, electronic portals, electronic journals, doctrines, legal articles, legislation, infra legal rules and electronic websites. From the systematic analysis of the bases surveyed, it was possible to identify many difficulties experienced by the legal community due to the fact that it is not customary to use the virtual environment in forensic practice when it comes to the

77 Doutora em Direito e Docente do Curso de Direito, Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP-UNIFUNEC.

performance of acts, judgment sessions, hearings and the gathering of documents both in a virtual way. However, it was possible to conclude that the use of technology and virtual environments is of paramount importance, projecting the future, with advocacy 4.0, Home Office, use of technological means and virtual environments, from another band, it is also extremely necessary and urgent to development and improvement of standards for safety, practice of acts and inspection of them, considering that technology in view of its practical result is here to stay.

Keywords: Pandemic. Technology. Advocacy 4.0.

1 INTRODUÇÃO

Fazendo uma pequena narrativa do tempo, lembra-se que o novo coronavírus (Sars-Cov-2) apareceu na China. Em dezembro de 2019, quando o primeiro caso de COVID-19 foi encontrado, uma misteriosa pneumonia na cidade de Wuhan fez com que as autoridades de saúde locais entrassem em alerta. Dada sua rápida disseminação, principalmente no mês seguinte (janeiro de 2020), outros continentes começaram a registrar casos.

No Brasil, a primeira descoberta ocorreu no dia 26 de fevereiro, mas começou a realmente preocupar as autoridades no dia 8 de março, quando foi identificado o primeiro lote de transmissões comunitárias.

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) anunciou a pandemia de COVID-19, doença causada por um novo tipo de coronavírus (Sars-Cov-2). Logo depois, no dia 16 do mesmo mês, registrou-se uma triste notícia. A primeira morte do país, a vítima da doença fez com que o governo federal promulgasse a situação de calamidade pública por meio do Decreto nº 06, de 20 de março de 2020 (LGL \ 2020 \ 2715).

Em razão da incalculável disseminação do novo coronavírus no Brasil, o poder público através das autoridades sanitárias viu se obrigado a adotar medidas extremas de contenção da doença, e, para tanto, foi necessário o reconhecimento de calamidade pública a nível federal.

Uma das medidas mais drásticas, porém, extremamente necessárias, foi a determinação de isolamento social, o fechamento de estabelecimentos comerciais, setores públicos e muitos outros, dentre eles os fóruns, cartórios extrajudiciais e escritórios de advocacia.

Em razão disto a comunidade jurídica foi severamente afetada, uma vez que, por um período houve a paralisação dos prazos em processos físicos e digitais, o cancelamento e reagendamento de audiências previamente marcadas, o não cumprimento de diligências

por oficiais de justiça, o fechamento dos fóruns e a proibição de atendimento presencial de advogados e clientes.

Passado um lapso temporal e ante a necessidade de retomada gradual das atividades jurisdicionais, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ reagiu, publicando resoluções, bem como, os Tribunais de Justiça estaduais foram obrigados a publicarem provimentos contendo orientações quanto às novas formas de trabalho, dentre elas, o trabalho remoto (*Home Office*), a comunicação 100% (cem por cento) virtual, novas formas de juntada de mídias, a divulgação de canais de comunicação, despachos e audiências por videoconferência, fazendo com que magistrados, serventuários, membros do ministério público, defensores públicos, advogados, partes, testemunhas e a comunidade interessada se adaptassem ligeiramente às tecnologias, o “Novo Normal”.

A problemática surge ao passo que não só as cortes, mas todas as instituições públicas e/ou privadas estão progressivamente priorizando a utilização de meios tecnológicos. De outra banda, nota-se que a maioria das pessoas não estão minimamente preparadas para tal avanço, especialmente a comunidade jurídica e partes interessadas, embora deveriam estar.

Finalmente, o objetivo do presente trabalho é analisar a influência da pandemia na utilização efetiva dos meios tecnológico, e a demonstração dos aspectos positivos trazidos pelo atual cenário em que se vive, a influência da pandemia na implantação e utilização em caráter de urgência dos meios tecnológicos e virtuais já previstos no CPC, porém raramente utilizados na prática forense, e a convergência para a advocacia 4.0 com a utilização de inteligência artificial para celeridade, análise de riscos, valores, cálculos, inovação de peças processuais e abrangência de um território muito superior da área de atuação profissional corriqueira, sendo uma nova revolução semelhante às indústrias já conhecidas, o que levará a uma otimização e maior qualidade na prestação dos serviços jurídicos e de consultoria.

2 OS REFLEXOS DA PANDEMIA NO MEIO JURÍDICO

Sabe-se que com o reconhecimento da crise sanitária instalada no país ocorreu uma alteração drástica e repentina na forma de exercer diversas atividades, no meio jurídico não foi diferente, houve uma considerável afetação.

Para a maioria dos integrantes das classes relacionadas surgiram muitas dúvidas, bem como, uma série de dificuldades, dado que a rotina de trabalho habitual era praticamente toda presencial, em audiências, cartórios judiciais, despachos com magistrados e muito mais, o que levou os tribunais brasileiros e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ a se posicionarem com a edição de normas infra legais para a continuidade dos trabalhos.

Ao nível nacional o CNJ editou as seguintes resoluções:

- a)** Resolução nº 313 de 19 de março de 2020: dispôs sobre trabalho remoto dos integrantes do poder judiciário, atendimento de partes e advogados por meio virtual, suspensão de prazos processuais;
- b)** Resolução nº 314 de 20 de abril de 2020: dispôs sobre a retomada dos prazos de processos que tramitam em meio eletrônico, realização de sessões virtuais, digitalização de processos físicos;
- c)** Resolução nº 318 de 07 de maio de 2020: prorrogou as resoluções nº 313 e nº 314;
- d)** Resolução nº 322 de 01 de junho de 2020: estabeleceu regras mínimas para retomada dos serviços jurisdicionais presenciais de forma gradual, manteve preferencialmente o atendimento de forma virtual, a manutenção de trabalho remoto para servidores do grupo de risco, audiências e sessões de julgamento de forma virtual;

Além de toda essa movimentação do CNJ, os tribunais criaram uma série de plataformas digitais, canais de atendimento, disponibilizaram certidões exclusivamente online (certidão de ações criminais, execuções criminais, para fins eleitorais, objeto e pé), efetuaram intimações e citações por canais digitais, a gravação de audiências por videoconferência e juntada no processo através do *link* da nuvem, disponibilizaram sistema de agendamento para atendimento referente a alguns atos às partes e interessados, deram maior valoração às provas tecnológicas e fizeram maior investimento em equipamentos e tecnologia.

Contudo, insta demonstrar que no Estado de São Paulo a produtividade do Tribunal de Justiça não foi afetada pelo trabalho remoto e virtualização, vejam:

“Em sistema de home office, funcionários do Judiciário paulista mantêm a produção remota via *webconnection*, que registrou mais de 3 milhões de acessos no período. Mesmo com a retomada gradual do trabalho presencial, que se iniciou em 27 de julho, magistrados e servidores do TJ-SP continuam a atender remotamente, respeitando os protocolos e regras de segurança relativas à epidemia, por meio do trabalho presencial escalonado e da manutenção compulsória em home office de funcionários que fazem parte de grupos de riscos.

Confira a produção de primeiro e segundo grau (de 16/3 a 9/8):

1º grau:

Despachos - 3.838.566

Decisões Interlocutórias - 5.911.933

Sentenças - 1.305.556

2º grau:

Despachos - 408.664

Decisões monocráticas - 46.173

Acórdãos - 389.698” (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2020).

Nota-se que, apesar dos percalços, tanto os jurisdicionados, como os profissionais envolvidos, tiveram que se adaptar, porém, não ficaram desassistidos.

O trabalho virtual deve fornecer uma revisão geral de toda a estrutura do judiciário. A pandemia mostrou não haver necessidade de instalar fóruns em propriedades muito grandes, nas quais geram altas despesas com proteção, limpeza, segurança, etc. O fórum logicamente continuará existindo, mas só será reservado para prática comportamental, sua presença física é essencial, como o desempenho de certas habilidades, ou prestar assistência àqueles que não podem utilizar recursos técnicos para recorrer à justiça por motivos econômicos ou dificuldades técnicas.

Segundo SICA (2020) a justiça brasileira sofrerá com os reflexos futuros e permanentes, destaca o fim dos autos físicos, a necessidade de elaboração de peças processuais visualmente interessantes, ampliação de sessões de julgamentos virtuais fechadas, maior quantidade de decisões unipessoais, o desaparecimento ou menor valoração da prova testemunhal e um investimento significativo em tecnologia.

Com efeito, passado todo transtorno, adaptações e inovações, nada será como antes, a tendência como amplamente demonstrada será a utilização da tecnologia.

3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

Com o advento do “Novo” Código de Processo Civil vieram as inovações, e dentre elas diversas situações em que podem ser utilizados os meios tecnológicos, em especial a videoconferência, que ganhou força em razão da crise sanitária atual, entretanto, o legislador deixou ao critério do magistrado sua utilização. Fato é que raramente tais meios eram utilizados, e com a necessidade e urgência não houve saída senão colocá-los em prática, o que deveria estar ocorrendo desde 2015.

Neste trecho é necessário reproduzir artigos do Código de Processo Civil específicos, onde autorizam a utilização de videoconferência para depoimento pessoal, oitiva de testemunhas, acareação e sustentação oral:

Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

(...)

§ 3º O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

Art. 453. As testemunhas depõem, na audiência de instrução e julgamento, perante o juiz da causa, exceto:

(...)

§ 1º A oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento.

Art. 461. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte:

(...)

§ 2º A acareação pode ser realizada por videoconferência ou por outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Art. 937. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente, ao recorrido e, nos casos de sua intervenção, ao membro do Ministério Público, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões, nas seguintes hipóteses, nos termos da parte final do caput do [art. 1.021](#):

(...)

§ 4º É permitido ao advogado com domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal realizar sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que o requeira até o dia anterior ao da sessão.

O atual código processual traz ainda no art. 236 a previsão de utilização de tais meios de forma genérica, ou seja, é plenamente possível a utilização de ambiente virtual para além dos casos específicos citados, veja:

Art. 236. Os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial.

(...)

§ 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

Neste sentido é também o Regimento Interno Superior Tribunal de Justiça, que admite o uso de qualquer meio tecnológico para a realização de sustentação oral:

Art. 158. O pedido de sustentação oral deverá ser requerido à coordenadoria do órgão julgador: (Redação dada pela Emenda Regimental n. 28, de 2017)

(...)

§ 2º O Plenário poderá disciplinar o uso de videoconferência ou de outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, para realização de sustentação oral.

Para os doutrinadores, mesmo com a possibilidade da prática de atos processuais por meios tecnológicos, em se tratando de parte residente em comarca diversa ainda assim há necessidade de expedição de carta precatória, ainda que o juízo deprecado não mais pratique o ato, veja:

“No §3º do art. 236 do CPC, há previsão de admissão genérica da prática de atos processuais por tais meios tecnológicos, que permitem que o juiz da causa pratique o ato mesmo sendo ele realizado em outro foro. Apenas destaco que a utilização de tais recursos tecnológicos não necessariamente dispensa a expedição de carta precatória, já que os atos processuais que podem ser realizados por videoconferência se dão na sede do juízo do local da prática do ato, sendo nesse sentido necessária a expedição de carta precatória para o juízo deprecado preparar o ato, ainda que não mais o pratique” (NEVES, 2019, p. 418).

Ao analisar sistematicamente toda legislação, doutrina e jurisprudência carreada ao estudo, facilmente verifica-se uma revolução jurídica, o que certamente acompanha as

inovações do século XXI, devendo apenas deixar de ser uma opção dada pelo código processual passando ser uma imposição, uma rotina, de utilização frequente, com o fito de otimizar o tempo de resposta de uma tutela jurisdicional, alcançando seu fim com rapidez e qualidade.

4 DA REPERCUSSÃO NA ADVOCACIA BRASILEIRA

Não difere para os advogados, muitos profissionais da área sofreram grandes impactos com a chegada do coronavírus e do isolamento social, tanto advogados de grandes escritórios, como também autônomos, relata Priscila Gales:

"Primeiramente tivemos que mudar a nossa forma de trabalho, a começar pela forma de atendimento ao cliente que já não poderia mais ser presencial como antes fazíamos, tivemos que migrar para outras formas de atendimento, que nem todas as pessoas estão aptas, ou então, tem interesse em serem atendidas dessa maneira. Os atendimentos online, como nós temos feito atualmente atende algumas pessoas que preferem a praticidade, mas também tem muitas pessoas que não estão inseridos nesse meio virtual e não se sentem à vontade conversando com o advogado por vídeo chamada, videoconferência, ligação, enfim, prefere o contato pessoalmente, e isso logicamente nos afeta porque na medida em que o cliente não se sente à vontade de fazer esse tipo de atendimento ou não dão tanta credibilidade, ele deixa de procurar o advogado e espera(se for possível o seu caso esperar) até que isso tudo se resolva para então poder dar seguimento."(GALES,2020)

Algo também inquestionável é que muitas pessoas tiveram sua condição financeira extremamente abalada, foram grandemente afetadas pela pandemia, perderam seus empregos, suas empresas. Com isso também uma linha de consequências atingiu o advogado, na medida que as pessoas pararam de pagar as suas parcelas de honorários ou até mesmo deixaram de contratar por não ter condição de assumir uma parcela no momento, ou pagamento integral de honorários, gerando uma redução nos números de clientes.

No entanto, os benefícios que a pandemia trouxe, abrangendo os nichos de atendimentos e, facilitando a possibilidade de captar novos clientes, de outras cidades, ou até mesmo estados, otimizando os atendimentos de maneira online, trazendo a necessidade da criação de novas tecnologias e ferramentas para auxiliar no aumento da produtividade, reduzindo custos e aprimorando os serviços jurídicos oferecidos.

Na questão do ambiente de trabalho, os gestores de escritório tiveram de buscar meios alternativos para poderem desenvolver suas atividades jurídicas por “Home Office”, e uma das maneiras optadas para que não fosse suspenso por completo o exercício de sua função, foi a utilização de “software”. Sistemas jurídicos desenvolvidos especialmente para o gerenciamento de escritórios de advocacia, onde através destes o advogado possa ter acesso a todos os seus processos, gerando relatório, realizando consulta de andamento processual, entre outros, com a finalidade de possibilitar os advogados a exercerem o “Home Office”. Essa ferramenta acabou por amenizar o prejuízo causado nos escritórios convencionais.

Neste vasto universo digital, ainda que despovoado pelos operadores do direito, a objetivação na advocacia é buscar o fortalecimento e progressão profissional, bem como a estabilidade perante este atual cenário que os países ao redor do mundo enfrentam. Com isso, extraímos desse impacto, a crescente massa digital no tocante ao mercado digital.

A pandemia não paralisa os processos e tampouco pode congelar a atuação dos advogados, que, com habilidade e de forma coordenada, conseguem criar interessantes soluções, preservando, em simultâneo, os legítimos direitos de seus clientes e seus próprios interesses.

5 A ADVOCACIA 4.0

A advocacia 4.0 é algo tão inovador quanto os artigos do CPC supramencionados, ainda pouco conhecidos, porém, muitos a utilizam atualmente mesmo que de forma eventual ante à necessidade imposta pelo distanciamento social.

Segundo a Escola Brasileira de Direito (2019) a advocacia 4.0 nada mais é que a forma de utilização dos recursos popularizados no século XXI, suas funcionalidades, a utilização de inteligência artificial, jurimetria como forma de análise em demandas judiciais, elaboração de cálculos e inovação em peças processuais, fazendo um comparativo entre as diversas revoluções industriais e tendo segundo eles mais uma. Dentre as características da revolução descrevem a digitalização dos processos, a criatividade, publicidade da advocacia de acordo com o Código de ética e Disciplina da OAB, a otimização do tempo, elaboração de estratégias e o dinamismo nas rotinas laborais.

Portanto, é necessário compreender todos esses instrumentos. A tecnologia não deve ser vista como algo que acabará com a profissão do Advogado, mas sim uma forma de ajudar e aprimorar ainda mais seus serviços prestados.

Essas inovações têm sido usadas para poupar o profissional do direito nas inúmeras tarefas repetitivas, mecânicas e muitas vezes maçantes, que existem no dia a dia jurídico para melhorar sua prática profissional. A advocacia 4.0 é o futuro bem próximo onde os

clientes buscam escritórios ágeis, equipados, que garantam a segurança das informações e maior produtividade:

“A inteligência artificial em escritórios de advocacia já é vista como um importante diferencial. Grandes empresas preferem escritórios bem equipados, que contam com a melhor plataforma, com o melhor sistema, que garanta mais segurança e redução da margem de erro e absorção de volume de trabalho. A jurimetria, também oferecida por plataformas especializadas, também veio para garantir mais segurança ao se traçar uma estratégia jurídica, o que é, sem dúvidas, outro grande diferencial.” (KONZEN, 2019).

Os benefícios de adesão a este novo método de trabalho são inumeráveis, porém, pode-se mencionar a credibilidade, a redução de custos com deslocamentos desnecessários, maior produtividade, a celeridade nas demandas, redução de custos com papel e impressão, um alcance maior de área de atuação, bem como, de território, a juntada de mídias de áudio ou vídeo através de link, ou QR Code, croquis para citação em lugar de difícil acesso através de GPS, entre outros.

Com isso, os advogados mais qualificados e criativos, especialmente aqueles que estão tecnicamente preparados e têm vontade de inovar e aprender, ganham grande destaque.

O cenário atual certamente tem seus pontos negativos, entretanto, serviu para demonstrar ser plenamente possível e necessário utilizar dos meios tecnológicos e alcançar a finalidade desejada com rapidez e maior qualidade. Mostrando, mais uma vez, a aptidão do ser humano, vez que necessitou tomar medidas urgentes para garantir a sua sobrevivência e adaptação

6 CONCLUSÃO

Da análise do presente estudo é possível identificar muitas dificuldades vivenciadas pela comunidade jurídica. Observa-se que a problemática se dá pelo fato de não ser praxe a utilização do ambiente virtual na prática forense, utilizado com frequência apenas para petição em processo judicial eletrônico, mas não para cumprimento de atos, audiências, oitivas de testemunhas, depoimento pessoal, intimações, citações, sustentação oral, acareações ou emissão de documentos.

Com o processo da Quarta Revolução Industrial, o mundo como é conhecido atualmente, está passando por uma enorme transformação ocasionada pela inserção de novas tecnologias na sociedade. Nesse cenário, têm-se deparado com possibilidades até

então não experimentadas. Novas formas de consumo, extinção e surgimento de novos empregos, além de profundas mudanças sociais fazem parte do que está surgindo.

Diante desse cenário, o Direito e a advocacia já estão acompanhando essas mudanças. E a tecnologia, já desponta como uma possibilidade para melhorar a produtividade, favorecer a criatividade e gerar eficiência, elementos importantes para possibilitar o crescimento profissional do advogado.

A utilização de ambientes virtuais como visto acima, é amparada pelo Código de Processo Civil brasileiro, onde da leitura do §3º do art. 236 infere-se que qualquer ato processual pode ser realizado através de videoconferência, neste sentido são também os tribunais superiores por meio de regimento interno e resoluções, entretanto, pelo não uso e a forma urgente com que foi implantado devido à pandemia é que surgiram as dificuldades.

Portanto, conclui-se que a situação contemporânea vivenciada pela classe, impôs o efetivo cumprimento do CPC, ou seja, para preservação da saúde de todos, o meio eficiente e mais adequado foi a utilização da tecnologia e dos ambientes virtuais que embora previstos estavam esquecidos, projetando o futuro, com a advocacia 4.0, *Home Office*, utilização dos meios tecnológicos e ambientes 100% (cem por cento) virtuais.

Por fim, insta salientar que já é uma realidade a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) que prevê o tratamento dos dados pessoais em meios digitais, entretanto, é também extremamente necessário e urgente o desenvolvimento e aperfeiçoamento de normas para segurança, prática dos atos e fiscalização dos mesmos, tendo em vista que a tecnologia veio para ficar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

_____. **Certidões 1º e 2º grau agora exclusivamente online**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Imagens/Banners/CertidoesOnLine.pdf?637355004132147178>>. Acesso em: 12 set. 2020.

_____. Congresso Nacional. **Decreto legislativo nº 6, de 2020**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

ESCOLA BRASILEIRA DE DIREITO. **Advocacia 4.0**: seu escritório está preparado?.

Disponível em: <<https://www.ebradi.com.br/coluna-ebradi/advocacia-4-0/>>. Acesso em: 12 set. 2020.

GALES, Priscila. **Reflexos da pandemia na advocacia**. Youtube, 5 de maio de 2020.

Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=oEFA9duTWKw&t=8s>> Acesso em: 13 jun. 2021.

GONÇALVES, Amanda Oliveira. Reflexos jurídicos da pandemia nos contratos civis.

Disponível em:

<<http://45.4.96.19/bitstream/aee/18206/1/Amanda%20Oliveira%20Gon%a7alves.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

GUMIERO, Bruno Bassetto. GRIGOLI; João Victor Kusunoki. **O impacto da pandemia na carreira dos advogados e a ascensão do mercado digital na advocacia**. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/download/8470/67649671>>. Acesso em: 13 ago 2020.

KONZEN, Ana Paula Medina. **Advocacia 4.0**: A nova era no mundo jurídico. Portal Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/308222/advocacia-40-a-nova-era-no-mundo-juridico>>. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 12 set. 2020.

NEGRÃO, Theotonio. *Et al.* **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 49. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 2320 p.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de processo civil comentado**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2019. 2031 p.

PAIVA, Rosicler Carminato Guedes de. **O novo perfil da advocacia pós-pandemia**. Revista da Advocacia, Rondônia, Ano 1, Número 1, p. 131 a 137. JUL/AGO 2020.

_____. **Projeto gravação de audiências**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/GravacaoAudiencias>>. Acesso em: 12 set. 2020.

REVISTA ELETRÔNICA CONSULTOR JURÍDICO. TJ-SP chega a 11,9 milhões de atos processuais produzidos em trabalho remoto. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-11/tj-sp-chega-119-milhoes-atos-processuais-trabalho-remoto>>. Acesso em: 12 set. 2020.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Impactos atuais e futuros da pandemia do novo coronavírus no poder judiciário brasileiro:** o “novo normal” da justiça. Blog Jurídico Gen Jurídico. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/05/22/impactos-atuais-futuros-pandemia/>>. Acesso em: 12 set. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Regimento/article/view/515/3938>>. Acesso em: 12 set. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Agendamento TJSP.** Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Agendamento>>. Acesso em: 12 set. 2020.

_____. **Tribunal disponibiliza diversos serviços on-line para advogados e partes.**

Disponível em:

<<http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=61812&pagina=1>>. **Acesso em: 12 set. 2020.**

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **É tempo de reinventar a justiça federal!**. Justiça em Revista, São Paulo, Educação 79, ano XIV, OUT. 2020.

O BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

JOÃO PAULO MONTEIRO DE LIMA:

Mestre em Ciências Jurídicas. Especialista em Direito Processual Civil, Direito Público, Direito Constitucional Aplicado e Direito da Seguridade Social. Oficial de Justiça Federal (TRF1).

RESUMO: A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194, da Constituição Federal). A assistência social, por disposição constitucional (art. 203, da CF), deve ser prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social. O benefício da prestação continuada é, nesse contexto, meio de efetiva proteção e concretização do direito à assistência social.

Palavras-chave: assistência – social – benefício – prestação – continuada.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Análise sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. Assistência social. 4. Aspectos gerais sobre o benefício da prestação continuada. 4.1 Idoso. 4.2 Pessoa com deficiência. 4.3 Família incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou do idoso. 4.4 Renda mensal familiar sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O benefício da prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Referido benefício tem por escopo garantir o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à seguridade social, beneficiando brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros residentes no país.

Trata-se, pois, de um direito de relevância constitucional.

2. ANÁLISE SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o que já é anunciado no primeiro artigo da Constituição Federal (art. 1º, inciso III). Sua dimensão é tão ampla que deve nortear todo o processo de elaboração, aplicação e interpretação das normas.

Marcelo Novelino destaca que “a dignidade, em si, não é um direito, mas uma qualidade intrínseca a todo ser humano, independentemente de sua origem, sexo, idade ou condição social⁷⁸”. É certo, portanto, que a dignidade é atributo decorrente da própria condição humana, que atinge a todos de maneira igual (inexiste indivíduo com mais ou menos dignidade).

Por ser um dos fundamentos da República, compete ao Estado garantir ao cidadão respeito, proteção e promoção de medidas que lhe garantam uma vida digna.

O professor Marcelo Novelino propõe uma tripla dimensão normativa da dignidade da pessoa humana⁷⁹: a) uma metanorma: “que atua como diretriz a ser observada na criação e interpretação de outras normas”; b) um princípio: “que impõe aos poderes públicos o dever de proteção da dignidade e de promoção dos valores, bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna”; c) uma regra: “a qual determina o dever de respeito à dignidade, seja pelo Estado, seja por terceiros”.

Apesar da dificuldade de se conceituar com precisão o princípio da dignidade da pessoa humana, é certo que tal princípio “busca proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta⁸⁰”. Com isso, não se exige extensos debates sobre um conceito uniforme do princípio, pois é primordial que se compreenda o verdadeiro sentido do termo: imposição de respeito, seja pelo Estado ou por terceiros, contra qualquer ato concreto que viole a dignidade de um ser humano.

Feitas essas observações, podemos afirmar que a assistência aos desamparados, direito social expresso pelo *caput* do art. 6º da Constituição da República, é traduzida pela existência das prestações assistenciais, que tem base firme no princípio da dignidade da pessoa humana.

78 NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. Salvador: *JusPodivm*, 2020. p. 294.

79 *Ibidem*, p. 296

80 STF, ADI 5.543, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 11/05/2020. Disponível em stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%203. Acesso em 22 jan. 2021.

Aliás, de acordo com Gustavo Garcia, “para que a dignidade da pessoa humana seja respeitada, todos os direitos humanos, com destaque aos de natureza social, devem ser protegidos e promovidos⁸¹”.

Isto é, para tutela e promoção da dignidade da pessoa humana é necessário que o Estado garanta, entre outros, assistência aos desamparados e, no ordenamento jurídico brasileiro, o faz por meio da assistência social, prestada a todos que dela necessitarem independentemente de contribuição à seguridade social, como a seguir veremos.

3. ASSISTÊNCIA SOCIAL

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194, da Constituição Federal).

A assistência social, por disposição constitucional (art. 203, da CF), deve ser prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (diferentemente da previdência social, que possui caráter contributivo).

Imperioso se fazer um primeiro questionamento: em que consiste a assistência social? A lei 8.212/92, que dispõe sobre a seguridade social, afirma que a assistência social é a política social que provê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à seguridade social (art. 4º).

Com amparo na Lei 8.742/1993, precisamente pelo seu artigo 1º, podemos afirmar que a assistência social é um direito do cidadão e dever do Estado visando o mínimo social, que se perfaz através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Em suma, com base nessas concepções, podemos afirmar que a assistência social visa garantir ao cidadão, independentemente de qualquer contraprestação financeira direta ao Estado, condições mínimas para o exercício de uma vida digna.

Os estrangeiros residentes no país são beneficiários da assistência social prevista no art. 203, inciso V, da Constituição, se preenchidos os requisitos constitucionais e legais, porque inseridos na sociedade brasileira, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal:

⁸¹ GARCIA. Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito previdenciário**. 4 ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 94.

ASSISTÊNCIA SOCIAL – ESTRANGEIROS RESIDENTES NO PAÍS – ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ALCANCE. A assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal beneficia brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros residentes no País, atendidos os requisitos constitucionais e legais. (STF, RE 587.970, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20/04/201782).

A Constituição da República também elenca, nos incisos de I a V, de seu artigo 203, os objetivos da assistência social: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. Assim, vale mencionar, o benefício da prestação continuada ao idoso e ao deficiente, no valor de, pelo menos, um salário mínimo, é fixado pelo inciso V.

A Constituição da República conferiu à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios competência para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II). Outorgou, ainda, à União, aos Estados e ao Distrito Federal, competência para legislar concorrentemente sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (art. 25, inciso XIV).

Destaca-se também que a lei 8.742/93 elenca os princípios que regem a seguridade social. São eles:

Art. 4º A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:

I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;

II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;

III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;

82 Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312785203&ext=.pdf>. Acesso em 27 jan. 2021.

IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;

V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

Também dispôs a lei 8.742/93, em seu artigo 5º, as diretrizes da organização da assistência social, quais sejam: descentralização político-administrativa para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e comando único das ações em cada esfera de governo; participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis; e primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera de governo. Tais diretrizes objetivam a implementação e operacionalização da assistência social.

Por derradeiro, como dito, não se exige que o beneficiário pela assistência social recolha contribuições diretas, de modo que o custeio se dá mediante orçamento público da União, Estados, DF e Municípios (custeio direto) e de outras fontes (custeio indireto), nos termos dos artigos 195 e 204, ambos da Constituição da República.

4. ASPECTOS GERAIS SOBRE O BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA

O benefício da prestação continuada possui natureza assistencial. Pode ser de duas espécies: ao idoso e ao deficiente que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família, de acordo com o art. 20 da lei 8.742/93:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Os requisitos são: a) Objetivos: pessoa com deficiência ou idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos; b) subjetivo: não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Sua existência tem proteção constitucional, quando a Constituição da República prevê a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (art. 203, V, da CF).

O Decreto n. 6.214/2007, que regulamenta o benefício da prestação continuada, delega ao Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário competência para acompanhar os beneficiários do Benefício de Prestação Continuada, manter e coordenar o Programa Nacional de Monitoramento e Avaliação do Benefício de Prestação Continuada, entre outras funções:

Art. 38. Compete ao Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, sem prejuízo do previsto no art. 2º:

I - acompanhar os beneficiários do Benefício de Prestação Continuada no âmbito do SUAS, em articulação com o Distrito Federal, Municípios e, no que couber, com os Estados, visando a inseri-los nos programas e serviços da assistência social e demais políticas, em conformidade com o art. 11 da Lei nº 8.742, de 1993 ;

II - considerar a participação dos órgãos gestores de assistência social nas ações de monitoramento e avaliação do Benefício de Prestação Continuada, bem como de acompanhamento de seus beneficiários, como critério de habilitação dos municípios e Distrito Federal a um nível de gestão mais elevado no âmbito do SUAS;

III - manter e coordenar o Programa Nacional de Monitoramento e Avaliação do Benefício de Prestação Continuada, instituído na forma do art. 41, com produção de dados e análise de resultados do impacto do Benefício de Prestação Continuada na vida dos beneficiários, em conformidade com o disposto no art. 24 da Lei nº 8.742, de 1993 ;

IV - destinar recursos do Fundo Nacional de Assistência Social para pagamento, operacionalização, gestão, informatização, pesquisa, monitoramento e avaliação do Benefício de Prestação Continuada;

V - descentralizar recursos do orçamento do Fundo Nacional de Assistência Social ao INSS para as despesas de pagamento, operacionalização, sistemas de informação, monitoramento e avaliação do Benefício de Prestação Continuada;

VI - fornecer subsídios para a formação de profissionais envolvidos nos processos de concessão, manutenção e revisão dos benefícios, e no acompanhamento de seus beneficiários, visando à facilidade de acesso e bem-estar dos usuários desses serviços.

VII - articular políticas intersetoriais, intergovernamentais e interinstitucionais que afiancem a completude de atenção às pessoas com deficiência e aos idosos, atendendo ao disposto no § 2º do art. 24 da Lei nº 8.742, de 1993; (Redação dada pelo Decreto nº 8.805, de 2016) (Vigência)

VIII - atuar junto a outros órgãos, nas três esferas de governo, com vistas ao aperfeiçoamento da gestão do Benefício de Prestação Continuada; e

IX - garantir as condições necessárias para inclusão e atualização dos dados do requerente e do beneficiário no CadÚnico

Já em relação à competência do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o mesmo Decreto n. 6.214/2007 outorga-lhe atribuição para operacionalização do benefício da prestação continuada, ou seja, para receber os requerimentos, conceder, manter, revisar, suspender ou fazer cessar o benefício, atuar nas contestações, desenvolver ações necessárias ao ressarcimento do benefício e participar de seu monitoramento e avaliação; realizar, periodicamente, cruzamentos de informações, utilizando o registro de informações do CadÚnico e de outros cadastros, de benefícios previdenciários e de emprego e renda em nome do requerente ou beneficiário e dos integrantes do grupo familiar; realizar a avaliação médica e social da pessoa com deficiência, de acordo com as normas a serem disciplinadas em atos específicos; entre outros (art. 39).

A respeito do CadÚnico supramencionado, a título de esclarecimento, trata-se do instrumento de identificação e caracterização sócio-econômica das famílias brasileiras de baixa renda, a ser obrigatoriamente utilizado para seleção de beneficiários e integração de programas sociais do Governo Federal voltados ao atendimento desse público, de acordo com redação do art. 2º, do Decreto 6.135/2007.

Registra-se, por fim, que o benefício da prestação continuada não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória, nos termos do §4º, do art. 20, da Lei 8.742/93.

Exceção em relação à acumulação diz respeito à contratação de pessoa com deficiência como aprendiz, pois, neste caso, não há suspensão do benefício da prestação continuada, porém, a acumulação se dá no período limitado de dois anos, permitindo, durante esse período, o recebimento concomitante da remuneração e do benefício (art. 21-A, §2º, da Lei 8.742).

4.1 IDOSO

A Lei n. 8.742 assegura o benefício de prestação continuada ao idoso que não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. O Decreto n. 6.214/2007 considera idoso aquele com idade de 65 (sessenta e cinco anos) ou mais (art. 4º, inciso I). Cuidando-se de um critério objetivo, não merece maiores discussões.

4.2 PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal devido, também, à pessoa com deficiência que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Pessoa com deficiência, para efeitos legais, é conceituada da seguinte forma: aquela que tem impedimentos de longo prazo (assim considerado aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de dois anos, de acordo com o §10, do art. 20, da Lei 8.742) de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 4º, inciso II, do Decreto 6.214 e art. 20, §2º, da Lei 8.742).

O conceito de incapacidade deve ser realizado de forma não restritiva, não se limitando apenas às atividades mais elementares da pessoa, mas sim a impossibilidade de prover seu sustento, de acordo com cada caso concreto. Tal conclusão se extrai da Súmula n. 29 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU):

SÚMULA 29: Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento.

Desse modo, a adequação do sujeito ao termo “pessoa com deficiência” deve considerar o conjunto de atividades para a vida independente e para o trabalho.

Vale destacar que a legislação não faz distinção à natureza da incapacidade, quer dizer, se permanente ou temporária, total ou parcial, motivo pelo qual o Superior Tribunal de Justiça entende que não se exige que a incapacidade seja absoluta para concessão do benefício da prestação continuada, justamente por não caber ao interprete criar requisitos que a própria lei deixou de estabelecer. Assim restou assinalado:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL À PESSOA DEFICIENTE. A LOAS, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL, NÃO FAZIA DISTINÇÃO QUANTO À NATUREZA DA INCAPACIDADE, SE PERMANENTE OU TEMPORÁRIA, TOTAL OU PARCIAL. ASSIM NÃO É POSSÍVEL AO INTÉRPRETE ACRESCEM REQUISITOS NÃO PREVISTOS

EM LEI PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ACÓRDÃO QUE MERECE REPAROS. RECURSO ESPECIAL DO SEGURADO PROVIDO PARA RESTABELEECER O BENEFÍCIO CONCEDIDO NA SENTENÇA.

1. A Constituição Federal/1988 prevê em seu art. 203, caput e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

(...)

3. Em sua redação atual, dada pela Lei 13.146/2015, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

4. Verifica-se que em nenhuma de suas edições a lei previa a necessidade de capacidade absoluta, como fixou o acórdão recorrido, que negou a concessão do benefício ao fundamento de que o autor deveria apresentar incapacidade total, de sorte que não permita ao requerente do benefício o desempenho de qualquer atividade da vida diária e para o exercício de atividade laborativa (fls. 155).

5. Não cabe ao intérprete a imposição de requisitos mais rígidos do que aqueles previstos na legislação para a concessão do benefício.

6. Recurso Especial do Segurado provido para restaurar a sentença que reconheceu que a patologia diagnosticada incapacita o autor para a vida independente e para o trabalho. (STJ, RESP 1.404.019/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 27/06/201783)

A Lei 8.742 impõe que a avaliação da deficiência e do grau de impedimento deve ser analisada por meio de avaliação médica e avaliação social, realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do INSS (art. 20, §6º).

As avaliações médica e social tem por finalidade constatar a adequada valoração dos fatores ambientais, sociais, econômicos e pessoais que impactam na participação da pessoa com deficiência na sociedade, de acordo com a Súmula 80 da TNU.

4.3 FAMÍLIA INCAPAZ DE PROVER A MANUTENÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA OU DO IDOSO

Como destacado, o idoso ou deficiente, para ter direito ao recebimento do benefício assistencial, deve comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Família, para cálculo da renda per capita, é o conjunto de pessoas composto pelo requerente, o cônjuge, o companheiro, a companheira, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto (art. 4º, inciso V do Decreto n. 6.214 e art. 20, §1º, da Lei 8.742/1993).

A condição de viver sob o mesmo teto deve ser literalmente considerada quando analisado o pedido de concessão do benefício da prestação continuada, de modo que, por exemplo, uma filha que não resida sob o mesmo teto de sua mãe não pode ter sua renda computada para fins de aferição da renda per capita:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA MENSAL PER CAPITA. CONCEITO DE FAMÍLIA. ART. 20, § 1o. DA LEI 8.742/1993, ALTERADO PELA LEI 12.435/2011. RECURSO ESPECIAL DO MPF PROVIDO. 1. O conceito de renda mensal da família contido na LOAS deve ser aferido levando-se em consideração a renda das pessoas do grupo familiar que compartilhem a moradia com aquele que esteja sob vulnerabilidade social (idoso, com 65 anos ou mais, ou pessoa com deficiência). 2. Na hipótese, em que pese a filha da autora possuir renda, ela não compõe o conceito de família, uma vez que não coabita com a recorrente, não podendo ser considerada para efeito de aferição da renda mensal per capita. 3. Recurso Especial do MPF provido para

restabelecer a sentença de primeiro grau. (STJ, ° 1.741.057/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 11/06/201984).

Para efeitos legais, família incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou do idoso consiste naquela cuja renda mensal bruta familiar dividida pelo número de seus integrantes seja inferior a um quarto do salário mínimo (art. 4º, inciso IV, do Decreto 6.214/2007), o que será a seguir analisado.

4.5 RENDA MENSAL FAMILIAR SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a um quarto do salário mínimo (art. 20, § 3º, inciso I, da Lei 8.742/93). Trata-se do requisito da miserabilidade.

O Decreto n. 6.214/07, que regulamenta o benefício da prestação continuada, no intuito de minimizar celeumas estabelece o que se entende por renda mensal bruta familiar: a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios de previdência pública ou privada, seguro-desemprego, comissões, pro-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19 (art. 4º, inciso VI).

Por outro lado, afasta do cômputo da renda mensal bruta familiar o seguinte: benefícios e auxílios assistenciais de natureza eventual e temporária; valores oriundos de programas sociais de transferência de renda; bolsas de estágio supervisionado; pensão especial de natureza indenizatória e benefícios de assistência médica, conforme disposto no art. 5º; rendas de natureza eventual ou sazonal, a serem regulamentadas em ato conjunto do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e do INSS; rendimentos decorrentes de contrato de aprendizagem (art. 4º, §2º, do Decreto 6.214).

A Lei 8.742, inclusive, determina que os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculo da renda familiar per capita (art. 20, §9º).

Não obstante tratar-se de requisito objetivo, a jurisprudência vem reiteradamente reconhecendo que o requisito da miserabilidade não se afige tão-somente considerando a renda per capita familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

A bem da verdade, a miserabilidade deve ser analisada sob a ótica da dignidade da pessoa humana e da necessidade de o Estado garantir o mínimo existencial a todos os cidadãos economicamente vulneráveis, não se admitindo ser presumidamente capaz de prover sua subsistência aquele que auferir renda mensal per capita superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A $\frac{1}{4}$ DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(...)

5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. (STJ, RESP 1.112.557/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 28/10/2009. Tema/Repetitivo 18585).

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) também já enfrentou essa questão e, da mesma forma, tem proposto interpretação não literal ao requisito da miserabilidade:

ASSISTÊNCIA SOCIAL. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. IDOSO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 20, §§ 1.º e 3.º, DA LEI 8.742/1993. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. CONCEITO LEGAL DE FAMÍLIA. RENDA PER CAPITA INFERIOR A $\frac{1}{4}$ DO SALÁRIO MÍNIMO. AUXÍLIO PRESTADO POR FILHO MAIOR E NÃO RESIDENTE

SOB O MESMO TETO. CESSÃO DE IMÓVEL HUMILDE GUARNECIDO POR MOBILIÁRIO E ELETRODOMÉSTICOS DE USO COMUM. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. TERMO INICIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL.

(...)

2. Não se descaracteriza a condição de miserabilidade do beneficiário desprovido de renda, que viva em imóvel humilde, guarnecido por mobiliário e eletrodomésticos de uso comum e sem qualquer ostentação, cedido aos pais por filho maior de idade e que não reside sob o mesmo teto. 3. Pedido de uniformização conhecido e provido. (TNU, Processo: 200670950034798, Rel. Juiz Federal João Carlos Mayer Soares, DJ 25/03/2009).

Na mesma seara de entendimento é o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), que propõe que a renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo conduz a uma presunção absoluta de miserabilidade:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (AMPARO SOCIAL). PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ART. 20, PARÁGRAFOS 2º e 3º, DA LEI Nº 8.742/93. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. É devida a concessão de amparo social de um salário mínimo ao idoso ou ao portador de patologia que padece de incapacidade laboral atestada por laudo pericial, além de encontrar-se em situação de miserabilidade auferida pela renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário mínimo, entre outros critérios objetivos. 2. A limitação do valor da renda per capita familiar é apenas elemento objetivo para presumir-se absolutamente a miserabilidade quando inferior a 1/4 do salário mínimo. Pode, entretanto, a parte comprovar por outros meios que não há como prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família. 3. Laudo social informa que a família é composta pelo autor, um irmão e os pais, sendo a renda total de R\$ 170,00 (cento e setenta reais). Configurada, pois, a miserabilidade (...) (TRF5, AC 599202, Rel.

Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, DJ 19/12/201886).

Dessa forma, além do critério legal objetivo a questão não pode deixar de ser examinada sob o ângulo subjetivo, isto é, sob o prisma das condições pessoais do cidadão, nos casos em que sua renda se mostrar inexistente ou, ainda, incapaz de garantir-lhe uma vida digna.

Por essas razões o Supremo Tribunal Federal que, no passado, havia reconhecido a constitucionalidade do critério em estudo (ADI 1232/DF), nos Recursos Extraordinários 567.985/MT e 580.963/PR, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade superveniente do critério estabelecido pelo §3º, do art. 20, da lei 8.742/93, por considerar que o referido critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade. Em linhas gerais, a Suprema Corte verificou que a inconstitucionalização decorreu de mudanças fáticas e jurídicas:

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). (STF, RE 589.963/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 18/04/201387).

Acerca da comprovação da condição de necessidade econômica, a TNU entende que poderá ser realizada “por qualquer meio idôneo e hábil submetido ao crivo do contraditório, não sendo imprescindível que tal circunstância fática se comprove exclusivamente mediante laudo socioeconômico” (TNU, PEDILEF 2007.81.00.516500-5, Rel. Juiz Federal Paulo Arena, DJ 05/05/2011).

O critério de aferição da renda mensal previsto na norma “deve ser tido como um limite mínimo, um *quantum* considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa” (STJ, RESP 841.060/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 25/06/200788), nada impedindo que, em cada caso concreto, sejam analisadas

86 Disponível em https://www4.trf5.jus.br/data/2018/12/ESPARTA/00012409120184059999_20181219_8017344.pdf. Acesso em 27 jan. 2021.

87 Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=184261323&ext=.pdf>. Acesso em 28 jan. 2021.

88 Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3183927&num_registro=200600803718&data=20070625&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 27 jan. 2021.

as condições econômicas daquele que pleiteia a concessão do benefício da prestação continuada, ainda que sua renda familiar, por pessoa, supere o limite objetivo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). Por ser um dos fundamentos da República, compete ao Estado garantir ao cidadão respeito, proteção e promoção de medidas que lhe garantam uma vida digna.

Um dos meios de efetivação desse direito se dá pela assistência aos desamparados, direito social expresso pelo *caput* do art. 6º da Constituição da República, traduzida pela existência das prestações assistenciais, que tem base firme no princípio da dignidade da pessoa humana.

Com amparo na Lei 8.742/1993, precisamente pelo seu artigo 1º, podemos afirmar que a assistência social é um direito do cidadão e dever do Estado visando o mínimo social, que se perfaz através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

A lei 8.742/93, em seu artigo 20, prevê o benefício da prestação continuada, de natureza assistencial, que pode ser de duas espécies: ao idoso e ao deficiente que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. Sua existência tem proteção constitucional, quando a Constituição da República prevê a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (art. 203, inciso V, da CF).

O Decreto n. 6.214/2007, que regulamenta o benefício da prestação continuada, considera idoso aquele com idade de sessenta e cinco anos ou mais (art. 4º, inciso I). Pessoa com deficiência, por seu turno, é aquela que tem impedimentos de longo prazo (assim considerado aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de dois anos, de acordo com o §10, do art. 20, da Lei 8.742) de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 4º, inciso II, do Decreto 6.214 e art. 20, §2º, da Lei 8.742).

Ademais, o idoso ou deficiente, para ter direito ao recebimento do benefício assistencial, deve comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família, que consiste no conjunto de pessoas composto pelo requerente, o cônjuge, o companheiro, a companheira, os pais e, na ausência de um deles,

a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto (art. 4º, inciso V do Decreto n. 6.214 e art. 20, §1º, da Lei 8.742/1993).

Em continuidade, considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a um quarto do salário mínimo (art. 20, § 3º, inciso I, da Lei 8.742/93). Trata-se do requisito da miserabilidade.

Malgrado exista o critério legal objetivo (renda mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo) e seguindo entendimento sedimentado em nossos tribunais, a questão não pode deixar de ser examinada sob o ângulo subjetivo, isto é, sob o prisma das condições pessoais do cidadão, nos casos em que sua renda se mostrar inexistente ou, ainda, incapaz de garantir-lhe uma vida digna.

Por essas razões o Supremo Tribunal Federal declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade superveniente do critério estabelecido pelo §3º, do art. 20 da lei 8.742/93 (Recursos Extraordinários 567.985/MT e 580.963/PR).

Portanto, nada impede que, em cada caso concreto, sejam analisadas as condições econômicas daquele que pleiteia a concessão do benefício da prestação continuada, ainda que sua renda familiar mensal supere o limite objetivo de ¼ do salário mínimo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. **Lei 8.212/1992** (Lei orgânica da seguridade social). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm.

BRASIL. **Lei 8.742/1993** (Lei da assistência social). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm.

BRASIL. **Decreto n. 6.214/2007** (regulamento o benefício da prestação continuada). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm.

BRASIL. **Decreto n. 6.135/2007** (Dispõe sobre o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6135.htm.

BRASIL. **Portal de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>.

BRASIL. **Portal de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.

BRASIL. **Portal de jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5).** Disponível em <https://julia-pesquisa.trf5.jus.br/julia-pesquisa/#consulta>.

BRASIL. **Portal de jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU).** Disponível em <https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/tnu/>.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Vade Mecum de jurisprudência.** 7 ed. Salvador: JusPodvim, 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito previdenciário.** 4 ed. Salvador: JusPodvim, 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** 15 ed. Salvador: JusPodvim, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

O ESTUPRO FRENTE AO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

EDUARDA DE SOUZA PACHECO:
Bacharelada em Direito pela UNIFUNEC
Centro Universitário de Santa Fé do Sul.

REGINA MARIA DE SOUZA⁸⁹

(orientadora)

RESUMO: Este trabalho apresenta como proposta central, realizar um estudo sobre a consumação do crime de estupro. Uma das questões centrais é tratar das consequências psíquicas deixada pelo estupro nas vítimas, tais resultados como sequelas que ficaram marcadas na vida dessas pessoas. Resultante de transtornos devido aos danos psicológicos e físicos, como uma gravidez indesejada. Diante do Artigo 213 do Código Penal trás em seus parágrafos a caracterização do crime de estupro, mediante violência ou grave ameaça obrigar alguém ao ato de copular. Tal ato é considerado crime hediondo, sendo que a prática da violência sexual é caracterizada como gravíssima e o tratamento que o autor da agressão recebe é diferenciado e mais rigoroso. A conduta do crime de estupro trouxe divergências entre as decisões dos juízes diante do ato de consumação das condutas, alguns posicionamentos considera o estupro como concurso de crimes e não crime único, outras decisões como unicidade ou pluralidade de condutas. O abuso sexual no Brasil é um problema com múltiplos aspectos, entre eles tem o meio intrafamiliar e extrafamiliar, situação onde a subnotificação da violência sexual está mais ausente diante do caos da pandemia COVID-19. Este trabalho foi elaborado através da revisão de literatura, com análise em sites e livros de referência com alta relevância para área de estudo.

Palavras-chave: Estupro. Consumação. Unicidade. Pluralidade. Agressão sexual.

ABSTRACT: The resulting work has the purpose of carrying out a study on the consummation of the crime of rape. One of the related topics is to deal with the psychic consequences left by the rape on the victims, such results as sequelae that were marked in the lives of these people. Resulting from disorders due to psychological and physical damage, such as an unwanted pregnancy. In face of Article 213 of the Penal Code, the paragraphs characterize the crime of rape, through violence or a serious threat to compel someone to copulate. Such an act is considered a heinous crime, the practice of sexual violence is characterized as very serious, the treatment that the perpetrator of the aggression receives is different and more rigorous. The conduct of the crime of rape

⁸⁹ Economista-IEUF, Psicóloga/UNIFUNEC, Mestre e Doutora-UNESP/FRANCA, especialista em: Direito de Família e das Sucessões, Direito Penal, Direito Processual Civil/UNIARA, especialização em: Terapia Cognitivo Comportamental/UNIARA e especialização em: Gestão de Pessoas/UCDB, rgeconomia@gmail.com.

brought divergences between the decisions of the judges regarding the act of consummation of conduct, some positions consider rape as a contest of crimes and not a single crime, other decisions as uniqueness or plurality of conduct. Sexual abuse in Brazil is a problem with multiple aspects, among which there is the intrafamily and extrafamily environment, a situation where underreporting of sexual violence is more absent in the face of the chaos of the pandemic COVID-19. This work was elaborated through the literature review, with analysis on websites and reference books with high relevance for the area of study.

Keywords: Rape. Consummation. Uniqueness. Plurality. Sexual aggression.

1 INTRODUÇÃO

O tema desenvolvido neste artigo é relevante para o estudo, pois trata dos fatos e consequências de um crime que tem uma grande relevância em no ordenamento jurídico brasileiro. O crime de estupro se tornou muito comum no cotidiano de muitas pessoas, inclusive no ciclo familiar.

Na maioria dos casos, as vítimas preferem sofrer em silêncio com esses abusos, em vez de relatar a violência sexual que sofreu. Quando uma vítima deixa de comunicar as autoridades próximas sobre os abusos que sofreu ou vem sofrendo, sem querer está contribuindo para que o autor do crime possa continuar fazendo isso com outras pessoas ou até mesmo com ela.

Em decorrência do número de vítimas que sofrem com pela agressão sexual, na qual vem aumentando disparadamente, foi necessário obter um sistema que fosse capaz de tutelar o direito que cada pessoa sobre o bem jurídico.

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 213 resguarda o bem jurídico tutelado que é a liberdade, um dos bens jurídicos mais importantes da coletividade social (BRASIL, 2009, p. 456).

A principal caracterização do crime de estupro é a violência sexual contra a vontade da pessoa, ou seja, é forçar uma pessoa a ter conjunção carnal ou outros atos libidinosos com você sem ela aceitar. É reconhecido como crime de estupro quando o bem jurídico de uma pessoa é violado, ou então quando houver a consumação do ato.

Diante do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, no Código Penal brasileiro, em seu artigo 213 protege o direito da vítima que foi violentada. A lei mostra uma garantia, sobre a responsabilização na qual o autor desse crime será penalizado com o regime que for determinado a ele de acordo com o entendimento da justiça (BRASIL, 1940).

Existem vários tipos de classificações no crime de estupro, sendo elas: crime comum é aquele em que o autor não tem qualidades específicas, é considerado um crime material, pois necessita do resultado de uma conjunção carnal ou outros atos libidinosos; também é classificado como um crime instantâneo em que está encerrada a consumação depois que já tenha sido consumado uma vez.

Em decorrência das agressões no crime de estupro que os abusadores sexuais utilizam para satisfazer suas vontades, pode-se observar a existência de algumas divergências diante do ato de consumação das condutas. Levando aos entendimentos de que o crime de estupro é um crime único ou concurso de crimes, na consumação do crime de estupro houve à unicidade ou à pluralidade de condutas (MATOS, 2010, p. 56).

2 TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em função da legislação brasileira que preserva o bem jurídico tutelado pelo direito penal, um delito de estupro é reconhecido como crime quando o direito tutelado for lesionado, ou seja, quando houver consumação do crime contra o bem jurídico tutelado.

Diante do artigo 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), é exposto o zelo pela dignidade das pessoas:

[...] Art. 1º, CF: 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; (BRASIL, 1988, p.4).

O crime de estupro está relacionado com a prática não consensual do ato sexual, como qualquer outro ato libidinoso que seja imposto para a vítima através de uma grave ameaça ou por meio de uma violência de qualquer natureza.

A prática não consensual do ato sexo ou qualquer outro ato libidinoso, está configurada como crime comum. Para praticar tais atos não é necessária uma pessoa específica, ou seja, pode ser praticado por qualquer ser humano (MAGGIO, 2015, p. 2).

É um crime doloso, e poder ser qualificado caso haja uma vítima menor de dezoito anos e maior de quatorze anos de idade, se o mesmo resulta em lesão corporal grave ou morte.

Com a consequência de um resultado maior sendo doloso, encontra a presença de um concurso material de crimes.

Mesmo que a vítima do estupro possa ser qualquer ser humano, indistintamente da sua sexualidade, seja mulher ou homem. Podemos ressaltar que estatisticamente e até mesmo historicamente as mulheres são a grande maioria das vítimas.

Nos dias atuais tal crime pode ser caracterizado por um ato libidinoso ou por uma conjunção carnal, na qual é caracterizada pela penetração completa ou incompleta do órgão genital masculino no feminino (MELO, 2016, p.1).

De acordo com a lei, o crime de estupro tem várias espécies abordadas, por exemplo, uma das práticas do estupro bem comum é tal ato que ocorre dentro de um casamento, no momento em que uma das partes não quer ter a relação sexual e um dos parceiros força a ter relação. Temos o estupro considerado coletivo, geralmente este acontece por causa do repúdio da sociedade em coletivo diante do mesmo crime de estupro contra vulneráveis, ou seja, o crime de estupro coletivo só ocorre quando tem dois ou mais agressores para praticar o ato sexual contra uma única pessoa.

2.1 Classificação do crime de estupro

Na teoria desenvolvida sobre o estudo de estupro, se percebe que são apontadas várias classificações doutrinárias. O crime comum, é uma das classificações que obtém uma grande relevância para o crime de estupro, o mesmo não faz nenhuma necessidade de qualidade específica do autor.

O crime de estupro é considerado somente com a previsão de modalidade dolosa, ou seja, em hipótese alguma pode haver a modalidade culposa em tal crime. Tal ato criminoso decorre da atividade positiva de constranger a vítima, o mesmo só pode ocorrer através dos meios de execução que estão previstos no Código Penal. "Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso" (BRASIL, 2009, p. 456).

No tipo penal é previsto que a execução no crime de estupro seja de violência ou grave ameaça, tal crime é classificado como um crime instantâneo, aquele que está encerrado a consumação depois que tenha sido uma vez consumado.

É um crime material, para que seja exposto como um crime de estupro, é de grande importância que para haver o ato criminoso, tenha a produção de um resultado de uma conjunção carnal ou outros atos libidinosos

2.2 Código Penal brasileiro em face do estupro

Diante do Artigo 213 do Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940, p. 456), apresenta com suas especificações o crime de estupro.

O crime de estupro é representado pelo acanhamento que o agente causa na vítima, em obrigá-la a manter relações sexuais ou outro ato libidinoso com ele por meio de violência ou grave ameaça, deste modo o abusador sexual viola o direito de liberdade sexual da vítima em escolher o parceiro na qual realmente deseja obter uma relação sexual (MELO, 2016, p. 9).

De acordo com o artigo o crime de estupro possui dois objetos fundamentais, o primeiro é classificado como objeto material que é a vítima constrangida, na qual resulta a conduta criminosa do agente. O outro item é a liberdade sexual da pessoa, ou seja, todas pessoas tem a plena liberdade de escolha do seu parceiro sexual ou então o direito de dispor do seu corpo como desejar, o mesmo é considerado como um objeto jurídico do crime de estupro (MAGGIO, 2015, p.1).

Na definição do crime de estupro de obter em sua consumação a unicidade ou a pluralidade de condutas, leva em consideração o resultado de qual pena será imposta para o réu. O crime sendo único ou concurso de crimes mostra também qual regime o juiz deverá impor para que o condenado cumpra.

3 DIVERGÊNCIAS NO ATO DE CONSUMAÇÃO DAS CONDUTAS

A relevância do tema pesquisado juridicamente abrange a relação social em divergência com a implementação das penas possivelmente executadas.

Diante do primeiro posicionamento pelo Superior Tribunal de Justiça, em 22 de junho de 2010 (HC 104724, 2010, p.1), em que foi decidido que não se tratava de crime único, na qual compreenderam que tem pluralidade de crimes, quando existe a permanência do concurso material e o tipo penal cumulativo.

[...] V - Desse modo, a realização de diversos atos de penetração distintos da conjunção carnal implica o reconhecimento de diversas condutas delitivas, não havendo que se falar na existência de crime único, haja vista que cada ato - seja conjunção carnal ou outra forma de penetração - esgota, de per se, a forma mais reprovável da incriminação. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010, p.1).

De acordo com o segundo posicionamento aceito pelo STF, como resultado da unificação das condutas, trata-se de uma norma mais benéfica na qual deve ser aplicada retroativamente, de acordo com a Constituição Federal.

[...] Há somente a conduta do agente de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça". Ademais, "é de vital importância observar que o constrangimento é dirigido a que a

vítima pratique ou deixe que com ela se pratique atos libidinosos [...] (HC 8.110, 2010, p.93). (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2010, p.93).

Já no terceiro posicionamento, o fato trata-se de crime único, propício ao tipo penal não ser mais autônomo, Nucci (2009) diante da situação o crime de atentado violento ao pudor não poderia ficar sem uma punição.

É inequívoca a unificação de condutas criminosas, referentes aos anteriores estupros e atentado violento ao pudor, sob um mesmo tipo penal alternativo. Portanto, o agente que 'constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso' responderá por um só delito: estupro (art. 213, CP)." (NUCCI, 2009, p. 63).

Contrariamente ao primeiro posicionamento já citado, competiria o julgador identificar a diferença segundo o art. 59 do Código Penal. Utilizando a fixação de pena-base para punir com mais rigor o autor, desde ocorrendo o crime de estupro vier outros atos libidinosos.

O concurso material está previsto no artigo 69 do Código Penal, com a seguinte redação:

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. (BRASIL, 1940, p. 441).

Diante das possíveis circunstâncias pesquisadas, mesmo com tais divergências, discutir a relevância sobre a definição de qual a melhor forma de realizar a justiça corretamente é fundamental, amparando ambas as partes. Socialmente esclarecer a fundamentação destes fatos, supre a necessidade que a sociedade tem em receber a justiça aplicada, sem exceder seus direitos.

4 CONSEQUÊNCIAS PSÍQUICAS DO ESTUPRO PARA A VÍTIMA

As consequências que um abuso sexual pode trazer na vida de uma pessoa é realmente alarmante, pois de frente do contexto de estupro pode ocorrer várias violências sexuais, as quais resultam em diversos tipos de sequelas na saúde da vítima. Em tais resultados as sequelas podem ser físicas ou psicológicas.

De acordo com a maioria das pessoas que foram vítimas desse ato, elas ainda sofrem com uma série de sintomas resultante da violência sexual que sofreram. Essas vítimas podem ter suportado danos físicos na qual os resultados permaneçam por um bom tempo ou até mesmo que seja permanente (LOBO, 2016, p.1).

Os sintomas presentes em quase todos os casos de crime de estupro são lesões nas partes genitais da vítima, doenças sexualmente transmissíveis e gravidez, pois na violência sexual o autor não se utiliza preservativos.

Alguns dos danos físicos que acontecem na saúde daquelas pessoas que tiveram sua dignidade sexual violada, são sintomas relatados com bastante frequência, tais como fadigas e dores de cabeça, uma dor devido ao traumatismo físico sofrido durante o ato de agressão.

Muitas vezes as pessoas que foram lesionadas com essa violência contra sua dignidade sexual começam a ter desarranjo com sua autoestima ou até mesmo uma insônia. As mesmas começam a possuírem sentimento de culpa e receios sobre sua personalidade, sentem medo de como a sociedade reagirá diante da situação em que a vítima foi sujeitada a passar.

O dano psicológico, segundo Furniss (1993) pode estar relacionado aos seguintes fatores: idade do início do abuso; duração do abuso; grau de violência ou ameaça de violência; diferença de idade entre a pessoa que cometeu o abuso e a criança que sofreu o mesmo; relação entre a pessoa que cometeu o abuso e a criança; ausência de figuras parentais protetoras e grau de segredo.

Em outro sentido, o fato resultante pode gerar consequências simples ou até mesmo mais profundas podendo surgir as tentativas de suicídio daquela pessoa que passou por uma agressão sexual.

De acordo com Assis (2009), a depressão, ao contrário do que muitas pessoas acreditavam, a doença pode atingir sim crianças e adolescentes que sofrem ou sofreram algum tipo de violência.

Como já foi relatado, um dos fatores resultantes da depressão é a tentativa de suicídio, na qual atualmente a prática do mesmo ato entre os jovens tornou-se uma atividade mais costumeira, resultado preocupante para a sociedade brasileira.

5 ANÁLISE DA PUNIÇÃO PARA O CRIME DE ESTUPRO

O estupro é um crime hediondo, sendo assim é um crime com atos passíveis de punição, na qual possui tratamento mais severo pela justiça.

Resultante do ato de abuso, no artigo 213 do Código Penal é exposto a pena que o autor de um crime de estupro vai está sujeito à receber, como um meio de punição diante da agressão sexual que cometeu contra uma pessoa.

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 2009, p. 246).

Como pode observar, em tal crime não é permitido o pagamento de fiança, ou seja, inafiançável e pode prescrever, o mesmo não aceita o indulto ou a anistia. Além de outras regras que são mais duras para a progressão de regime em um crime hediondo. O estupro, foi classificado como crime hediondo, ou seja, é aquele ato ilícito extremamente grave. Em decorrência dessa gravidade, o indivíduo que cometer tal crime recebe um tratamento mais rigoroso. (NASCIMENTO, 2016, p. 1).

O agente que comete esse tipo de crime, obterá maiores dificuldades em conseguir responder em liberdade. Quando um crime é considerado como crime hediondo, possui uma grande relevância para o estado brasileiro em repelir o ato com punições rigorosas.

6 ESTATÍSTICA DE ESTUPROS NO PERÍODO DA PANDEMIA DA COVID-19

É alarmante o número de vítimas do crime de estupro. Tal ato sexual ocorre em grande escala doméstica, onde muitas vezes não é esperado essa agressão.

É caracterizado como violência sexual, o ato de conjunção carnal com a ausência do consentimento de uma das partes. Cerca de 75% dos casos de abuso sexual relatados são agressões sofridas no núcleo familiar (ACAYABA; REIS, 2019, p. 4).

O abuso sexual tem diversas faces, dentre elas está a dimensão relacionada ao meio intrafamiliar e extrafamiliar:

O abuso sexual pode se apresentar como intrafamiliar e extrafamiliar.
O abuso sexual é a utilização do corpo de uma criança ou

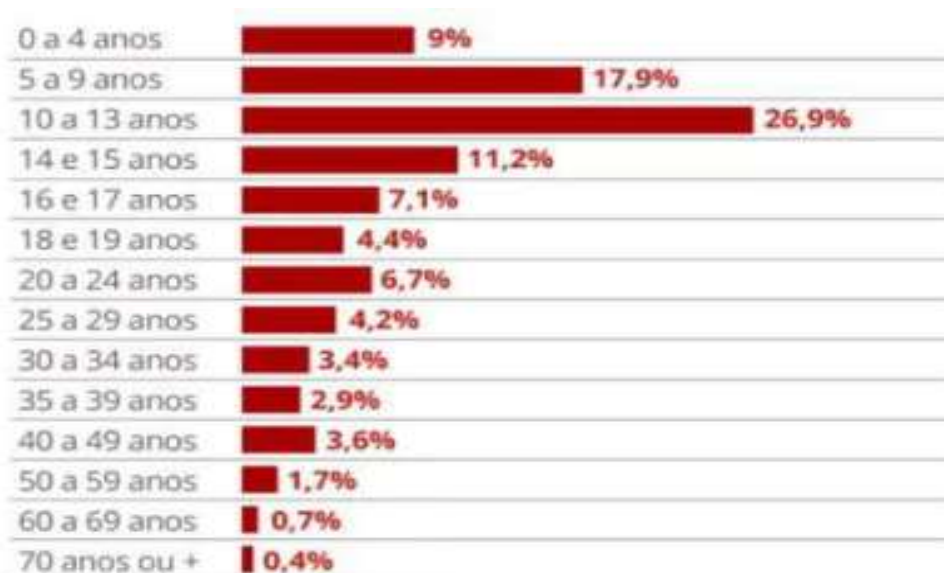
adolescente por um adulto ou adolescente, para a prática de qualquer ato de natureza sexual, coagindo a vítima física, emocional ou psicologicamente. Geralmente é praticado por pessoa em quem a criança ou adolescente confia, caracterizando-se pela relação de poder entre o abusador e a vítima, como alguém da família, professor, policial. Compreende atos libidinosos, até o estupro. (BRASÍLIA, 2009 *apud* MOREIRA; SOUSA, 2012, p. 20).

A violência sexual intrafamiliar é uma situação de alta complexidade, devido ao fato dos agressores ser pessoas conhecidas que obtêm o vínculo afetivo com a vítima.

Resultante da situação em que se lamenta o sofredor, por medo e vergonha somente 10% dos casos de estupro é advertido (Dalapola, 2018).

É notório que devido ao fato de o sexo ainda ser considerado um tabu na sociedade, as crianças ainda possuem o risco de passar por uma violência sexual intrafamiliar e não saber exatamente o que fazer diante da situação, ou seja, tal vítima não sabe se oculta ou comunica as autoridades sobre o crime. Somente uma pequena porcentagem é notificado, estima-se que a quadro de abusos levaria a uma subnotificação (MOREIRA; SOUSA, 2012, p. 8).

Gráfico 1: Faixa etária do alvo de estupro



Fonte: ACAYABA; REIS, 2019, p. 4

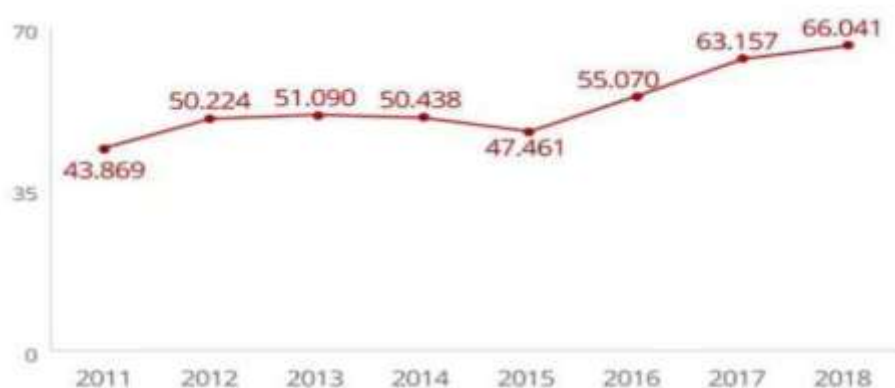
É possível perceber que os três maiores alvos de vítimas de estupro, é crianças e adolescente com um número bem elevado que possui dentre 10 a 13 anos de idade, em

seguida os de 5 a 9 anos ainda com alto nível de casos e os de 14 e 15 anos de idade com uma certa redução de crimes notificados (ACAYABA; REIS, 2019, p. 4).

Cresce o número de casos relatos do crime de estupro durante a pandemia Covid-19 no Brasil. Atualmente registra-se uma denúncia de estupro à cada 8 minutos, foram registrados 181 denúncia por dia no país, a maioria de suas vítimas ainda continua sendo as mulheres.

Com recorde de denúncias, Brasil tem uma elevação de 20% em casos de estupro no ano de 2018, foi notificado 66.041 casos de violência sexual (ACAYABA; REIS, 2019, p. 1).

Gráfico 2: Casos de estupro notificados anualmente



Fonte: ACAYABA; REIS, 2019, p. 3.

A situação do país é preocupante, devido ao fato do crime de estupro crescer em elevação assustadora.

Quadro 1: Comparativo de casos de estupro entre o primeiro semestre de 2019 e 2020.

Brasil e Unidades da Federação	Estupro			Estupro de vulnerável			Estupro (total)		
	Ns. Absolutos			Ns. Absolutos			Ns. Absolutos		
	1º semestre			1º semestre			1º semestre		
	2019	2020	Variação (%)	2019	2020	Variação (%)	2019	2020	Variação (%)
Brasil	10.737	8.182	-23,8	22.282	17.287	-22,4	33.019	25.469	-22,9

Fonte: ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p.34.

Segundo Garcia (2020), a realidade em que o país vive é de um verdadeiro caos, 57,9% são vítimas que possui no máximo 13 anos, 18,7% são crianças de 5 e 9 anos, ainda mais assustador é bebê de 0 a 4 anos sendo vítimas, ou seja, são vulneráveis para sofrer tal crueldade. No abuso sexual, 84,1% dos casos são cometidos por criminosos que fazem parte do vínculo familiar ou conhecido da vítima.

Em 2020 no começo da pandemia da Covid-19, teve uma queda das denúncias de estupro, e aproximadamente 70% dos casos relatados são queixas de estupro de vulneráveis. Diante de uma pesquisa realizada no primeiro trimestre, exatamente comparando no mês de abril teve uma queda de 36,5% e no mês seguinte foi de 39,3% em comparação ao ano de 2019 (Bronze, 2020).

De acordo com as informações de Bronze (2020), os dados mostram o impacto que a pandemia teve em relação aos casos de abuso sexual.

Esse relato não significa que tem menos crimes, e sim uma possível subnotificação desses abusos, ou seja, ausência das queixas de vítimas de violência sexual.

Considerando outros fatos conhecidos da dinâmica da violência sexual contra meninos e meninas, esse resultado não surpreende: as escolas, espaço mais comum onde eles e elas são acompanhados fora de casa, foram fechadas; o contato com adultos fora do círculo familiar imediato diminuiu bastante para a maioria. Outros espaços importantes para a construção de vínculos de confiança com adultos fora de casa, como CCFV (Centro de Convivência e Fortalecimento de Vínculos) e cursos e atividades extracurriculares, culturais e esportivos, também ficaram indisponíveis. Mais distantes de espaços e pessoas em condição de observar sinais de violência, as possibilidades de denúncia para as vítimas, ou por elas, diminuem muito." (UNICEF; Sou da Paz e Ministério Público de São Paulo, 2020 *apud* BRONZE, 2020, p.4).

Diante das medidas restritivas que foram adotadas em função da pandemia Covid-19, crianças e adolescentes perderam lugares onde era acompanhados fora de casa.

Atualmente o enfrentamento da violência doméstica sexual, está mais exposto, mas os indivíduos que sofre por causa das barbaridades feitas pelo abusador ainda possui medo e estão inseguros. Os mesmos não denunciam por causa das ameaças que sofrem e pela ausência de segurança, não pode confiar sua vida na atuação do departamento policial ou na justiça (PORTO, 2014, p. 13).

6 CONCLUSÃO

A partir das informações apresentadas ao longo deste artigo foi possível concluir que o Código Penal brasileiro é essencial para proteger todas as pessoas vítimas que sofrem ou sofrerão algum tipo de agressão sexual.

De acordo com o artigo 213 do Código Penal, o crime de estupro está encadeado na importunação que o autor causa na vítima. O mesmo obriga a vítima submeter as vontades dele em manter relação sexual por meio de violência ou grave ameaça, viola o direito de liberdade que tem cada pessoa.

Tais vítimas que muitas vezes não encontram coragem para chegar em uma autoridade próxima e efetuar a denúncia. Por medo do excesso da exposição que a vida pessoal acaba sofrendo por causa das averiguações, ou então pelo fato do abusador ser de sua própria família.

Resultante do crime de estupro são as consequências psíquicas deixadas por ele, tais agressões podem levar uma vítima a cometer suicídio ou deixar sua vida marcada para sempre. As vítimas dessa arrogância sexual podem obter como resultado, sequelas psicológicas ou físicas, na qual necessitaram de um acompanhamento médico para voltar a ter vontade de encarar a vida mesmo depois de tal trauma sofrido.

Diante dos pontos analisados, nota-se a grande importância de a vítima fazer uma denúncia contra o autor das agressões sexuais, desta forma o Código Penal exerce o seu papel de tutelar o bem jurídico que é a liberdade que a pessoa possui.

Compreende-se que quando tem a permanência do concurso material e o tipo penal cumulativo, não se trata de crime único, sim concurso de crimes. Um outro posicionamento seria de que se trata de crime único uma vez que o tipo penal não é mais autônomo. Resultante de uma unificação nas condutas do estupro, deve ser aplicada uma norma mais benéfica, de acordo com a Constituição Federal Brasileira.

Na decorrência do salto alarmante de casos notificados como violência sexual no Brasil, percebe-se que na maioria das denúncias o autor e a vítima têm algum vínculo afetivo, em face intrafamiliar e extrafamiliar. Diante da denúncia do crime de estupro, a vítima não está segura nem mesmo no seu núcleo familiar, onde percebe-se que 75% dos casos o autor é um conhecido, e somente cerca de 24% são pessoas desconhecidas. Grande parte do alvo para os criminosos é crianças e adolescentes, principalmente do sexo feminino (ACAYABA; REIS, 2019).

Em relação aos dados pesquisados sobre a notificação do crime de estupro, temos uma análise comparativa dos anos de 2018, 2019 e 2020, devido à situação em nível mundial que os países estão vivenciando que é a pandemia da Covid-19. Medidas restritivas foram criadas para conter a contaminação durante essa pandemia, onde as mesmas

de certa forma contribuíram para a ausência das denúncias do crime de estupro. Tal crime que já é considerado que somente 10% dos casos é informado para as autoridades.

Portanto, preservar o direito de liberdade tutelado mediante o Decreto Lei nº 2.848 em seu Artigo 213 do Código Penal, transparece ser uma tarefa vital diante da massiva quantidade de estupros as quais são submetidos diariamente na vida da grande parte da sociedade.

REFERÊNCIAS

ACAYABA, Cíntia; REIS, Thiago. **País tem recorde nos registros de estupros; casos de injúria racial aumentam 20%**. G1, ano 2019, 10 set. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/09/10/pais-tem-recorde-nos-registros-de-estupros-casos-de-injuria-racial-aumentam-20percent.ghtml>>. Acesso em: 04 abr. 2020.

ASSIS, Simone. **Quando a convivência com a violência aproxima a criança do comportamento depressivo**. Ciência e Saúde Coletiva, vol. 14, n.2, 2009.

AZEVEDO, Maria Beatriz; ALVES, Marta da Silva; TAVARES, Júlia Rita Ferreira. **Abuso Sexual Intrafamiliar em Adolescentes e Suas Reflexões**. Psicol. Am. Lat., México, n. 30, p. 7-25, jul. 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2018000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 23 abr. 2021.

BAHLS, Saint-Clair. **Aspectos clínicos da depressão em crianças e adolescentes**. Jornal de Pediatria, Vol. 78, n.5, 2002.

BRASIL. **Ministério da Saúde**. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise de Situação de Saúde. Viva: vigilância de violências e acidentes, 2006 e 2007. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

BRONZE, Giovanna. **Denúncias de violência sexual contra crianças e adolescentes caem na pandemia**. CNN Brasil, São Paulo, ano 2020, 02 dez. 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/12/02/denuncias-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-caem-na-pandemia>>. Acesso em: 23 abril. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CASTRO, Leonardo. **Legislação comentada – artigo 213 do CP – estupro**. Jus.com.br, 12 jan. 2014. Disponível em: <<https://leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943503/legislacao-comentada-artigo-213-do-cp-estupro>>. Acesso em: 04 set. 2020.

DALAPOLA, Kaique. **Medo e vergonha fazem com que só 10% dos estupros sejam notificados.** Disponível em: < <https://noticias.r7.com/cidades/medo-e-vergonha-fazem-com-que-so-10-dos-estupros-sejam-notificados-05092018> >. Acesso em: 23 abr. 2021.

DELGADO, Yordan Moreira. **Comentários à Lei nº 12.015/09.** Jus.com.br, 10 out. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13629/comentarios-a-lei-n-12-015-09>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

DEPUTADOS, Câmara dos. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Diário Oficial da União – Seção 1, 31 dez. 1940. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar, manejo, terapia e intervenção legal integrados.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

GARCIA, Maria Fernanda. **Mulheres em perigo: Brasil registra 181 estupros por dia.** Observatório do terceiro setor. 26 out. 2020. Disponível em: <<https://observatorio3setor.org.br/noticias/mulheres-em-perigo-brasil-registra-181-estupros-por-dia/>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral.** 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado.** 4. ed. Niterói: Impetus. 2010.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral.** 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOBO, Hewdy. **Quais as consequências psicológicas do estupro?** Jusbrasil, 01 jun 2016. Disponível em: <<https://lobo.jusbrasil.com.br/artigos/344162361/quais-as-consequencias-psicologicas-do-estupro>>. Acesso em: 04 set. 2020.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **O estupro e suas particularidades na legislação atual.** Jus.com.br, 29 abr 2015. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/6156792/o-estupro-e-suas-particularidades-na-legislacao-atual-artigos-jus-brasil>>. Acesso em: 04 set. 2020.

MATOS, Fernanda Lima Gomes de. **Análise do concurso de crimes no art. 213 do CP (Estrupo): A pluralidade de condutas constitui crime único?** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 out. 2010. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/454/3/20712328.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2020.

MELO, Amanda Eduarda Pereira de. **O crime de estupro frente ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Jus.com.br, 26 set 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52367/o-crime-de-estupro-frente-ao-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 04 set. 2020.

MECUM, Vade. **Constituição Federal**. 25. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. 27ª ed. Parte Especial. Vol. II. São Paulo. Editora Atlas, 2010.

MOREIRA, Maria Ignez Costa; SOUSA, Sônia Margarida Costa. **Violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes: do espaço privado à cena pública**. Disponível em: <<http://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/2artigo.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

NASCIMENTO, Carlos Henrique Rodrigues. O que é crime hediondo? Jus.com.br, 05 mai. 2016. Disponível em: <https://chrn.jusbrasil.com.br/artigos/334219386/o-que-e-crime-hediondo>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PERASOL, Vitor Wilson. **Consequências psicológicas apresentadas por vítimas de crimes sexuais**. Conteúdo Jurídico, 04 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54644/consequencias-psicologicas-apresentadas-por-vtimas-de-crimes-sexuais>>. Acesso em 04 set. 2020.

PORTO, Roberta Taynan Souza; BISPO Júnior, José Patrício; LIMA, Elvira Caires de. **Violência doméstica e sexual no âmbito da Estratégia de Saúde da família: atuação profissional e barreiras para o enfrentamento**. Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 01 set. 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/physis/v24n3/0103-7331-physis-24-03-00787.pdf>>. Acesso em: 23 de 2021.

RODRIGUES, Décio Luiz José. **Direito Penal Comentado**. São Paulo: Editora letras & letras, 1998.

SILVA Júnior, Edison Miguel da. **Concurso material de estupros na Lei nº 12.015/09**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 2014, n. 2295, 13 out. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13658/concurso-material-de-estupros-na-lei-n-12-015-09>>. Acesso em: 04 set. 2020.

VAZ, Ministra Laurita. **Acórdão - HABEAS CORPUS Nº 78.667 - SP (2007/0053406-5)**. Superior Tribunal de Justiça, ano 2010, 02 out. 2010. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/criminal/arquivos/hc_78667.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.

MAUS-TRATOS AOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A NOVA LEI Nº 14.064/20 (LEI SANSÃO)

BIANCA SÓRIA: Bacharelada no curso de Direito, do Centro Universitário de Santa Fé do Sul (UNIFUNEC),

EDUARDO CURY.
(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo central analisar a Lei nº 9.605, popularmente conhecida como “Lei de Crimes Ambientais”, criada em 12 de fevereiro de 1998 e outras tutelas legais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, além da recente mudança na Lei supracitada por força da nova “Lei Sansão” (Lei nº 14.064/20). A elaboração desse trabalho baseou-se em artigos científicos já publicados, monografias, legislação e história, sendo utilizado o método dedutivo. Ainda, analisa-se o Projeto de Lei nº 6054/2019 aguardando em pauta, uma possível alteração da disposição sobre a natureza jurídica dos animais. Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, os mesmos são considerados “coisas” e este Projeto preconiza a alteração de sua natureza jurídica, transformando-os em sujeitos de direito. Trata-se de um tema de grande relevância jurídica atual, tendo em vista que os animais não possuíam previamente um amparo jurídico favorável e à vista disso, houve mudanças significativas nas previsões jurídicas. Porém, essa espécie de crime ainda ocorre com bastante frequência, devido às lacunas deixadas pela lei, juntamente com mínimas sanções impostas – além de possibilidade de substituição das mesmas, em relação à gravidade do crime. Apesar da recente mudança que majorou a pena de maus-tratos de 2 a 5 anos, esta se aplica apenas a cães e gatos.

Palavras-chaves: Maus-tratos animais. Legislação. Lei Sansão. Natureza Jurídica.

ABSTRACT: The main objective of this work is to analyze Law No. 9.605, popularly known as "Environmental Crimes Law", created on February 12, 1998 and other legal protections provided for in the Brazilian Legal System, in addition to the recent change in the aforementioned Law by force of new “Sansão Law” (Law nº 14.064/20). The elaboration of this work was based on scientific articles already published, monographs, legislation and history, using the deductive method. Furthermore, Bill No. 6054/2019 is analyzed, waiting on the agenda, for a possible change in the provision on the legal nature of animals. Currently, in the Brazilian legal system, they are considered “things” and this Project advocates the change of their legal nature, transforming them into subjects of law. This is a topic of great legal relevance today, considering that animals did not previously have a favorable legal protection and, in view of this, there were significant changes in legal

provisions. However, this type of crime still occurs quite frequently, due to the loopholes left by the law, together with the minimum sanctions imposed – in addition to the possibility of their replacement, in relation to the seriousness of the crime. Despite the recent change that increased the penalty for mistreatment from 2 to 5 years, this only applies to dogs and cats.

Keywords: Animal abuse. Legislation. Sansão Law. Legal Nature.

1 INTRODUÇÃO

Desde os tempos antigos, a busca pelos direitos dos animais é um tema recorrente e muito debatido na sociedade, pois, assim como os seres humanos, os animais também possuem sentimentos, são passíveis de sensações e apresentam discernimento, mesmo que não consigam se expressar através da fala. No entanto, a sociedade ainda diverge em seu posicionamento, havendo um grupo que acredita se trataram de seres não humanos submissos ao homem, e outro que já considera os animais como seres não humanos iguais ao homem.

A legislação brasileira em rasas passagens dispõe sobre os direitos dos animais, encontrando-os na Lei de Crimes Ambientais, na Constituição Federal de 1988, no Código Penal e na mais recente conquista - a Lei nº 14.064/20, desenvolvidas no decorrer deste artigo. Analisando a legislação acerca do tema supracitado, questiona-se: A Lei tem sido efetiva nesse sentido? Quais são as causas que refletem diretamente nesse cenário? A nova “Lei Sansão” trouxe mudanças significativas? Como o Direito Civil pode contribuir na mudança dessa realidade?

A priori trata-se de um tema apaixonante, que reflete diretamente na moralidade de cada ser e vai muito além disso, pois visa a busca pelo respeito para com os animais e seus direitos fundamentais, que embora já sejam previstos em Lei Federal, necessitam ainda de mudanças significativas.

2 CONCEITUAÇÃO E FORMAS DE MAUS-TRATOS AOS ANIMAIS

Trata-se de um crime habitual, que ocorre em diversos lugares ao redor do mundo. Num sentido mais estrito os dicionários apontam maus-tratos aos animais como: “delito de quem submete alguém sob sua dependência ou guarda, a castigos imoderados, trabalhos excessivos e/ ou privação de alimentos e cuidados, colocando-lhes assim, em risco à vida e a saúde”.

Num sentido mais amplo a Lei de Crimes Ambientais, ou seja, Lei nº 9.605/98 dispõe no artigo 32 o conceito de maus-tratos aos animais: “trata-se de toda ação ou omissão de crueldade que cause ferimentos ou mutilação, resultando em dor ou sofrimento a

quaisquer animais, sejam eles domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos” (BRASIL, 1998).

A verdade é que os maus-tratos animais vão muito além deste conceito superficial estabelecido pela Lei, o que muitos indivíduos não têm conhecimento. As práticas como o abandono (abandonar o animal em qualquer local, sem a intenção de voltar), agressões físicas (desde mantê-los presos através de corda, correntes ou qualquer outro objeto, até envenenamento), submissão a lugares não arejados, pequenos, sem entrada de luz e com higiene precária, deixá-los expostos ao sol, chuva e frio, não alimentá-los, deixar de prestar assistência médico-veterinária quando necessário, a utilização de animais para tarefas exaustivas que vão além de suas forças e por fim, a captura de animais silvestres, dentre outros, são formas de maus-tratos.

É de suma importância lembrar que os animais são diariamente abusados, sendo submetidos à dor e ao sofrimento. Podemos relatar situações de abuso animal em diversas áreas, como a da ciência, onde ocorrem experimentos cruéis e dolorosos como a vivisseção; do entretenimento, como é o caso dos rodeios, a farra do boi, entre outros eventos de grande repercussão; da economia, englobando a exportação em condições atroz de transporte marítimo de bovinos; esgotamento de matrizes reprodutoras para venda de animais de raça, comumente de exploração canina. Todos estes eventos demonstram o total desmazelo quanto à causa de saúde animal.

3 A TUTELA DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A proteção animal no Brasil vem ganhando espaço e força na legislação brasileira, pois nos dias atuais a relação entre seres humanos e “bichos” tem tomado grande proporção, estando presentes na coexistência da grande maioria da população, em que há um vínculo de amor, companheirismo e são considerados até integrantes da família. É claro que muitas pessoas encaram essa realidade de outra forma, deixando de dedicar os mesmos tratamentos afetuosos e dando início aos maus-tratos animais, esgotando sua capacidade e colocando-os no papel de ajudantes de trabalho, explorando e os maltratando-os, retratando a imagem dos animais apenas como seres desprezíveis.

Animais de diversas espécies sempre estiveram em convívio com o ser humano, mas a convivência entre ambos nunca foi pacífica, pois desde a antiguidade o animal é visto como um ser não humano inferior ao homem. O grande questionamento era: como outros seres vivos poderiam ser tratados da mesma forma que o ser humano?

Após longos anos sem a mínima garantia de boa conduta aos animais, em 1934 surgiu o decreto nº 24.645, determinando medidas de proteção aos animais e impondo uma contravenção penal a quem tratasse os animais com crueldade, estabelecendo ainda que todos os animais seriam tutelados pelo Estado.

Apenas em 1941, houve a edição da Lei de Contravenções Penais, Lei Federal nº 3.688, estabelecendo em seu artigo 64 a contravenção penal para a prática de atos de crueldade contra animais, acrescentando à Constituição Federal de 1988, a previsão de sanção para a prática de maus-tratos. Posteriormente, esta adesão estendeu-se à Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) e recentemente, no ano de 2020, à grande conquista da Lei 14.064/20, batizada como Lei Sansão - a ser explanada no decorrer da pesquisa.

3.1 A PROTEÇÃO AOS ANIMAIS PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A fauna é composta por uma diversidade de animais, dentre eles os nativos, silvestres, exóticos, domésticos ou domesticáveis e por sua vez, são lembrados através da Carta Magna de 1988, em seu artigo 23, inciso VII, e 24, estabelecendo que os entes políticos tenham competência e responsabilidade para com a proteção dos animais, independentemente da repartição de competências entre o Estado.

O texto Constitucional veda qualquer conduta que acarrete prejuízos à função ecológica, resultando na extinção das espécies e/ou crueldade aos animais, é o que diz o artigo 225, § 1º, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, vejamos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

[...]VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

A previsão de animais domésticos na Constituição foi assertiva, uma vez que estes correm risco de serem extintos. Porém, inseridos na sociedade, fazem parte do meio ambiente e merecem respeito e dignidade, ainda que sua função principal não atue diretamente no papel ecológico da fauna de forma significativa.

3.2 A PREVISÃO DE PROTEÇÃO AOS ANIMAIS PELO DIREITO PENAL AMBIENTAL

A previsão da Lei Federal por um meio ambiente ecologicamente equilibrado fez com que a tutela integrasse o rol de bens jurídicos fundamentais e por esta razão, é digno de proteção penal, elencado no artigo 225, § 3º, como responsabilização criminal por ações

lesivas ao meio ambiente, não sendo necessária a aplicação de punições administrativas ou reparação de danos na esfera cível.

Em todo caso, como de praxe, o direito penal deve ser utilizado como *ultimaratio* e sendo assim, deve o legislador verificar se a prática do crime provoca lesão ou perigo relevante para o Direito Penal. Ainda que o Direito Penal seja utilizado em último caso, auxilia na coibição de atos prejudiciais a esse bem jurídico, pois seus efeitos geram consequências morais e sociais ao indivíduo que os comete. Trata-se de uma prevenção geral e especial, que primariamente busca um senso de intimidação, porém por vezes não ocorre, havendo falha de advertência, recaindo sobre o agressor a execução de sentença penal condenatória, definida de acordo com a importância social do bem jurídico tutelado.

Mesmo que haja previsão da tutela jurídica dos animais no Direito Penal Ambiental, o legislador não a trouxe de forma individualizada, demonstrando que o bem jurídico tutelado é exclusivamente relacionado ao meio ambiente, assim, animais não humanos tornam-se apenas meros objetos materiais do delito. Aqui então é feito um questionamento: O Direito Penal Ambiental, exclusivamente nessa questão, não deveria atribuir aos animais uma personalidade limitada, com a qual afastaria diversos crimes cometidos contra eles?

Como dito anteriormente, a previsão da tutela penal do meio ambiente encontra-se estabelecida na Constituição Federal, mas para tal possuímos legislação especial, a Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. O texto legal não aborda todos os crimes ambientais, porém como Lei brasileira predominante, trata sobre a tutela penal do meio ambiente, trazendo em seu teor as sanções penais e administrativas que resultam da prática e/ou condutas que lesem o bem jurídico protegido. A previsão legal dos crimes contra a fauna encontra-se elencada dos artigos 29 ao 37, estabelecendo ainda a aplicação das penas para crimes praticados contra animais domésticos nos artigos 6º e 24 da Lei supramencionada.

O artigo 6º traz requisitos para a aplicação da penalidade, vejamos:

Art. 6º- Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

I- a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II- os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;

III- a situação econômica do infrator no caso de multa. (BRASIL, 1998).

A Lei, no entanto, em seus artigos 7º e 8º estabelece que as penas restritivas de direito, são autônomas e podem ser substitutas das penas privativas de liberdade, tal substituição é válida somente para condenação inferior a quatro anos - é importante salientar que as penalidades da Lei em sua maioria não ultrapassam quatro anos. Mais adiante, no artigo 16, a Lei dispõe que pode haver suspensão condicional da pena no caso de condenação de pena privativa de liberdade inferior a três anos, assim não haverá execução da pena, mas devem ser observados alguns requisitos que estão elencados nos artigos 78, 46 e 48, todos do Código Penal.

Em crimes de menor potencial ofensivo pode ocorrer a aplicabilidade do instituto despenalizador, ou seja, a transação penal, a composição dos danos e a suspensão condicional do processo, de acordo com o artigo 27 da Lei de Crimes Ambientais. Tais eventos devem ser bem observados em sua aplicação, uma vez que o meio ambiente é um direito fundamental.

Recentemente passou a vigorar por meio da Lei nº 13.964 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime) em nosso ordenamento jurídico, o instituto do acordo de não persecução penal. Trata-se de um instituto pré-processual, em que há negociação entre o acusado e o representante do Ministério Público, homologado pelo Magistrado, aplicável quando se tratar de crime inferior a quatro anos. Este instituto tem o condão de evitar o encarceramento do acusado, disposto no artigo 28-A do referido diploma legal.

Diferentemente do Direito Penal comum, que objetiva a proteção por meio de sanção, no Direito Penal Ambiental nota-se um caráter totalmente reparatório, em que alguns doutrinadores o nomeiam como “direito penal reparador”. Através da breve reflexão feita na Lei de Crimes Ambientais, tratada pelo Direito Penal Ambiental, vislumbra-se que a Lei não é meramente efetiva, mesmo havendo garantia constitucional. O que deixa a desejar então são as penas, que além de serem pequenas, são facilmente substituídas, podendo ocorrer a não persecução penal afastando-se uma eventual condenação. O Direito Penal Ambiental prioriza a reparação dos danos, mas tal reparação não faz jus aos maus-tratos sofridos pelos animais, uma vez que mesmo os seres não humanos sentem dor, fome, sensações, e possuem sentimentos.

Seria necessário, portanto, que o Direito Penal Ambiental brasileiro optasse pela prevenção do dano, com sanções mais gravosas, que certamente preveniriam os abusos e maus-tratos sofridos por estes animais. A lacuna deixada pela Lei na falta de penalização severa faz com que a Lei Penal não seja respeitada, causando frustração à comunidade protetora dos animais que ministra esforços diários para que crimes contra os animais não ocorram, enquanto quem os pratica tem a sensação de estarem impunes às penas cominadas pela Lei, pois são alternativas.

3.3 O ARTIGO 32 DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS

A Lei de Crimes Ambientais foi criada em 12 de fevereiro de 1998, a qual veio para regulamentar o disposto no artigo 225, §3º, da Constituição Federal de 1988, visando penalidades e medidas administrativas derivadas de condutas e atividades que prejudicam o meio ambiente. Estritamente em seu artigo 32 a Lei prevê punição para quem maltratar animais domésticos ou domesticáveis, isso porque as outras medidas legais regulam as condutas como caça, pesca, tráfico ou lesão, pois possuem função ecológica relevante ao meio ambiente e resulta em preservação da qualidade de vida do ser humano. O artigo 32 da Lei 9.605/98 define:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

(BRASIL, 1998)

Em análise ao artigo supracitado, em especial o *caput*, verifica-se que embora o legislador tenha se preocupado em elencar todos os animais, a verdadeira inconsistência se encontra na penalidade imposta, viável, pois, a substituição da pena de detenção por penas restritivas de direito; ainda pode o Ministério Público oferecer a transação quando este for primário e preencher os demais requisitos necessários de acordo com o artigo 76 da Lei nº 9.099/95, ou até mesmo suspensão condicional do processo, em se tratando de acusações inferiores a um ano, em que terá a punibilidade extinta de acordo com o Art. 89 da mesma Lei. Observa-se que as sanções não correspondem aos níveis graves da prática de maus-tratos, e que não há no *caput* do artigo o verbo "matar", o que também se enquadra em maus-tratos.

O que se verifica são as lacunas deixadas pela Lei, que ainda necessitam de melhoras e aprimoramentos, pois vivemos em uma era em que os animais são seres dotados de

amor, raciocínio e merecem dignidade e respeito, assim como todos os seres vivos, diferentemente do que vivenciamos em nossos dias atuais. Daniel Braga Lourenço (2016, p. 24), manifesta o conformismo dos conformes jurídicos, apresentando circunstâncias onde: “Os animais podem, legalmente, ser comprados e vendidos, penhorados, lesionados, mutilados, torturados abandonados e mortos desde que supostamente haja uma necessidade humana que justifique essas práticas”.

Claramente, há uma visão antropocêntrica sobre os animais, em que os seres humanos se beneficiam da função econômica, cultural e experimental que eles podem proporcionar, salientando que por muitas vezes tais crimes são cometidos apenas para satisfação do ego do homem. Além de leis mais eficientes para todas as espécies animais, seria necessária também uma nova educação social de conscientização, para distorcer a ideia de que os animais podem ser sujeitados à crueldade, apenas por haver necessidade humana. Atualmente existem diversas inovações científicas e tecnológicas, tornando possível buscar meios alternativos para supressão das necessidades humanas, sem que haja crueldade animal.

De forma muito chocante e dolorosa, a fim de conscientizar a população mundial para o não uso de animais em testes de cosméticos, a estudante de Oxford Jacqueline Traide, foi voluntária da marca Lush Cosméticos, que também luta em prol do desenvolvimento econômico e sustentável. A estudante passou cerca de 10 horas em uma vitrine, sendo cobaia de testes que também são realizados em animais, como alimentar-se à força, aplicações de injeção, foi cobaia de testes de líquidos e cremes, teve seu cabelo raspado e sua boca esticada ao máximo por um aparelho de metal, entre outros. Nas palavras de Jacqueline, “não existe nenhuma justificativa para submeter os animais à dor por causa da produção de batons e sombras”. (TRAIDE, 2012).

No Brasil não há Lei Federal que proíba os testes em animais, apenas oito Estados contam com leis específicas para tal fatalidade, são eles: Amazonas, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo, mas ainda assim, esta lei é um alvo para serem declaradas inconstitucionais.

3.4 A NOVA LEI “SANSÃO”: CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA CÃES E GATOS (LEI Nº 14.064/20).

Um acontecimento revoltante que deu o pontapé inicial para a mudança da Lei foi o caso do *pitbull* de nome Sansão, que foi amordaçado com arame farpado e teve suas pernas decepadas com um facão. O crime ocorreu em 06 de julho de 2020, na cidade de Confins, Estado de Minas Gerais. O autor do crime, Júlio César dos Santos foi denunciado com base no art. 32, *caput* e parágrafo 2º da Lei nº 9.605/98 C.C artigo 69 do Código Penal. Como se não bastasse, o autor do crime ainda praticou maus-tratos contra outros 12 animais, sendo eles três gatos, três cães - incluindo-se Zeus, pai de Sansão, que precisou

ser eutanasiado - e seis galináceos. Com base na legislação vigente à época Júlio César não foi preso.

São diários os casos de maus-tratos e por isso, nessa época, já tramitava no Congresso Nacional o projeto de Lei 1.095/2019 de autoria do Deputado Fred Costa (PATRI-MG), com intuito de impor pena de reclusão para quem viesse a praticar atos de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais domésticos ou domesticados, silvestres, nativos ou exóticos e ainda estabelecer penas para os estabelecimentos comerciais ou rurais que favorecessem a prática do crime, frisando a responsabilização penal jurídica do estabelecimento.

Em 16 de dezembro de 2019, foram apresentadas na Câmara dos Deputados as alterações do PL/1095 pelo relator e deputado Celso Sabino, do partido PSDB/PA, em Parecer da Comissão Especial Permanente. O projeto foi aprovado pela Comissão na forma do Substitutivo apresentado, embora tenha sido aumentada a pena de reclusão para cinco anos, apenas abrange tal situação para crimes contra cães e gatos.

O projeto originou a Lei Federal nº 14.064, aprovada em 29 de setembro de 2020 pelo Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, que em seu teor dispõe: "Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato." (BRASIL, 2020).

Ligeiramente verificamos que o objetivo principal dessa nova Lei foi retirar dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM), norteados pela conciliação, simplicidade e informalidade, o crime de maus-tratos animais contra cães e gatos que ocorrem em maior número, isso para que os autores do crime não tenham os benefícios de crimes de menor potencial ofensivo.

3.4.1 COMENTÁRIOS SOBRE A NOVA LEI "SANSÃO" E SEUS REFLEXOS

A referida Lei Federal incluiu no artigo 32 da Lei nº 9.605/98 o parágrafo 1º-A, veja a nova redação:

Art. 32. (...)

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)

Vislumbra-se a grandiosidade do avanço que tal alteração trouxe na legislação brasileira em relação aos animais. Depois de tempos de luta pela proteção animal, com a elevação do mínimo penal de dois anos de reclusão e prisão decretada do infrator no ato,

diferentemente da redação anterior, em que a pena máxima era de um ano, possibilitando ao autor sair livre no mesmo dia. Agora, de maneira oposta, além de ser processado pelo Juizado Especial Criminal (crimes de menor potencial ofensivo), o autor será processado pela Justiça Criminal Comum, em que haverá uma maior formalidade e rigor.

Essa mudança na competência impede a aplicação do “Sursis Processual”, onde ocorre a suspensão condicional do processo, instituto previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95 para penas máximas de até um ano e nesta situação, ao cumprir alguns requisitos o autor do crime é livre do processo criminal. Inicialmente, o intuito do Projeto de Lei era majorar a pena aplicada contra qualquer ato de crueldade contra todas as espécies de animais, já previstas no *caput* do art. 32 da Lei de Crimes Ambientais. No entanto, embora haja um avanço proporcionado pela Lei Sansão, não se pode deixar de lado o fato de que ao abranger apenas duas espécies (cães e gatos) que são as maiores vítimas desse crime, resultará em uma distinção hierárquica entre os animais, em que sua importância estaria ligada tão somente ao quão próximo esse animal é do ser humano, quando em suma, busca-se haver um tratamento igualitário em prol de todas as espécies de vida animal.

4 DA FALTA DE PERSONALIDADE DOS ANIMAIS NO DIREITO CIVIL E POSSÍVEIS ALTERAÇÕES

Para o Direito Civil há uma divisão arraigada entre os sujeitos e objetos de direito com regimes jurídicos diversos para as categorias. O Código Civil de 2002 elenca pessoas naturais e jurídicas do artigo 1º ao 78, Livro I, como sujeitos com direitos desde a concepção e nascimento com vida, até a morte. Já entre os artigos 79 e 103, Livro II, elencam os bens, incluindo-se também os animais. O Código Civil caracteriza os animais como *semoventes*, de acordo com o artigo 82 do Código Civil⁹⁰. Nas palavras de Nestor Duarte (2015, P. 71) “São bens móveis por natureza, compreendendo duas espécies: os semoventes (animais) e as coisas inanimadas”.

A classificação dos animais como “coisas” surgiu através do Direito Romano, em que os animais eram de propriedade humana. Os animais sempre foram vistos como seres irracionais e por isso os homens sempre os trataram de forma irrelevante, é o que diz o entendimento do filósofo Immanuel Kant (1986, p. 67-68):

Os seres, cuja existência não depende precisamente de nossa vontade, mas da natureza, quando são seres desprovidos de razão, só possuem valor relativo, valor de meios e por isso se chamam coisas. Ao invés, os seres racionais são chamados pessoas, porque a natureza deles os designa já como fins em si mesmos, isto é, como

⁹⁰Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

alguma coisa que não pode ser usada unicamente como meio, alguma coisa que, conseqüentemente, põe um limite, em certo sentido, a todo livre arbítrio e que é objeto de respeito.

Além do filósofo Kant, outros filósofos também tinham o mesmo entendimento, como exemplo, Descartes e Rousseau, sendo através desses entendimentos que possivelmente os animais foram considerados “coisas” para o Direito. A designação do Código Civil de 2002 para os animais (não humanos) faz com que os seres humanos tenham um pensamento automático, no sentido de que se toda “coisa” tem dono, portanto, nos limites da Lei, os donos dispõem sobre suas coisas. O direito civil apenas considera possuidor de personalidade jurídica a pessoa física ou jurídica, sendo assim os seres não humanos não se encaixam nessa ótica. Porém, na atualidade, essa classificação entende-se totalmente incabível, caracterizando carência de empatia e respeito perante aos animais. Por outro lado, o posicionamento dos seres humanos foi evoluindo e nos dias atuais luta-se pelo reconhecimento dos animais como seres passíveis de sentimentos, sensações e racionalidade, tratam-se, portanto de seres sencientes, capazes de ter percepção e sentimentos através dos sentidos, justamente como os humanos.

Alguns estudos científicos atuais trazem a convicção de que os animais necessitam ser reconhecidos como seres não humanos que possuem racionalidade, é o caso da Declaração de Curitiba, que ocorreu no III Congresso Brasileiro de Bioética e Bem-estar Animal, em 07 de agosto de 2014, onde se concluiu que “Os animais não humanos não são objetos. Eles são seres sencientes. Conseqüentemente, não devem ser tratados como coisas.” Nesse sentido, surgiram novos projetos de Lei que buscam alterar sua natureza jurídica.

4.1 PROJETO DE LEI Nº 6.054/2019

Relevante e notório é o Projeto de Lei PL 6.054/2019, anteriormente numerado 6799/2013, de autoria do deputado Ricardo Izar, do partido PSD-SP. A princípio, o projeto buscava alterar a denominação jurídica recebida pelos animais domésticos e silvestres, acrescentando parágrafo único ao artigo 82 do Código Civil. Recentemente o Senado Federal aprovou com revisões pontuais, tendo a PL retornado para a Câmara dos Deputados. Neste momento o projeto se encontra na Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, para análise da emenda sofrida. Confira a redação:

Art. 1º Esta Lei estabelece regime jurídico especial para os animais não humanos.

Art. 2º Constituem objetivos fundamentais desta Lei:

I - Afirmação dos direitos dos animais não humanos e sua proteção;

II - Construção de uma sociedade mais consciente e solidária;

III - reconhecimento de que os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento.

Art. 3º Os animais não humanos possuem natureza jurídica *sui generis* e são sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.

Parágrafo único. A tutela jurisdicional referida no caput não se aplica ao uso e à disposição dos animais empregados na produção agropecuária e na pesquisa científica nem aos animais que participam de manifestações culturais registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, resguardada a sua dignidade. (Emenda/Substitutivo do Senado n. 6054/2019)

Art. 4º A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 79-B:

‘Art. 79-B. O disposto no art. 82 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002(Código Civil), não se aplica aos animais não humanos, que ficam sujeitos a direitos despersonalizados’.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial.

Evidentemente, o projeto luta para que os animais possuam natureza *sui generis*, ou seja, de natureza própria, e não apenas como um bem de utilidade ao ser humano. Isso porque o projeto busca com afinco a “descoisificação” dos animais visando garantir-lhes direitos. De certo modo estamos evoluindo em relação ao reconhecimento dos direitos animais, mas essas medidas são dificultadas em virtude da morosidade do Parlamento e também pela função econômica e produtiva que esses animais podem fornecer. Outra questão ainda é o impacto que o Projeto de Lei causaria ao Código Civil/2002, visto que serão considerados sujeitos de direitos, mesmo que despersonalizados, havendo a possibilidade de serem representados perante o judiciário para defesa de seus direitos, consequentemente existindo punição de forma justa a quem lhes prejudicou.

É importante frisar que a personalidade jurídica dos seres humanos é absoluta, em que o direito os protege contra tudo e contra todos e neste sentido, é o ensinamento de Fiuza (2009, p. 172):

Concluindo, a personalidade é composta de atributos, tais como a vida, a honra, o nome, a capacidade, o estado, o corpo físico, a psique, a dignidade, etc. Atributos são elementos componentes, em outras palavras, o material de que é composto um objeto. A pessoa humana é composta de todo esse material, ou seja, de todos esses atributos. O que se chama de direitos da personalidade são, na verdade, direitos decorrentes desses atributos, visando a proteção e a promoção da pessoa humana e de sua dignidade. Essa visão moderna de que a honra, o nome a vida etc. integram a pessoa é fundamental para a positivação da proteção e da promoção do ser humano e para a compreensão e a garantia da igualdade, pelo menos em termos formais.

De certo modo e do ponto de vista lógico, os animais não possuem capacidade suficiente para se tornarem sujeitos de direitos absolutos, dado que possuem limitações. Sendo assim, seria necessário, criar uma nova espécie de personalidade jurídica aos animais, a qual seria limitada, uma vez que suas capacidades são reduzidas. Nem tudo que afeta o ser humano, afetará na mesma proporção os animais, pois são vidas diferentes. Mas na medida em que é afetada a dignidade do animal, passa a ser sujeito de direito limitado, podendo ser representado perante o judiciário por um curador legal.

Todos os esforços e conseqüentes mudanças são reflexos do que vivemos nos dias atuais. De tempos em tempos os animais vêm ganhando a confiança e respeito dos seres humanos, sendo assim, em consideração a toda a dedicação acerca do assunto espera-se uma possível alteração no Código Civil para alterar a natureza jurídica dos animais como sujeitos de personalidade limitada, podendo eles pleitear seus direitos através da representação processual, ou seja, através de um curador que lute por seus direitos no limite em que puderem. Certamente com tal mudança, haverá um grande impacto no cenário atual vivido pelos animais.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa aqui desenvolvida tem como objetivo mostrar a importância dos animais em sociedade e os maus-tratos sofridos a eles, em razão de penas meramente reparadoras estabelecidas na Lei de Crimes Ambientais, sendo notadamente falhas em questão à aplicação de medidas punitivas, considerando sua insignificância comparada à barbaridade do crime de maus-tratos contra animais, existindo ainda a possibilidade de serem substituídas, o que contribui para que o indivíduo não pense duas vezes antes de cometer qualquer ato de crueldade contra eles. Há diversos casos em que o crime ocorre e logo o sujeito encontra-se em liberdade, umas das confirmações de que a Lei se mostra inefetiva. É importante destacar que com a recente conquista da Lei nº 14.064/20 as penas aplicadas para crimes de maus-tratos contra cães e gatos são maiores, sendo assim,

seguem um procedimento penal mais rigoroso, deixando de fruir dos benefícios penais. Apesar desta grande conquista o “especismo” aplicado à lei – restringindo apenas a cães e gatos – denota que as demais espécies animais ainda derivam na penalidade mais ínfima aplicada, estabelecida no artigo 32, *caput* da Lei de Crimes Ambientais.

Outras grandes influências para esse crime são a economia, cultura, ciência e religião, inclusive o Direito Civil, que contribui indiretamente nesse sentido, pois a classificação “coisa” dada aos animais provoca a sensação de que o homem pode dispor sobre os animais como bem entender. Outro aspecto que influencia é o antropocentrismo, ou seja, a forma como o ser humano pensa ser o centro da humanidade, enquanto a subsistência dos outros seres serve apenas para satisfazê-los.

Seria necessário, portanto, para a transformação desse contexto, penas mais rigorosas na Lei de Crimes Ambientais no que diz respeito a todas as espécies animais, sem exclusão de nenhuma, além da atribuição de tratamento específico dentro do Direito Penal, e por fim, a modificação do artigo 82 do Código Civil/2002 para alterar a denominação jurídica atribuída a eles, criando a personalidade jurídica de forma limitada representada por curadores especiais, o que resultaria em seres não humanos como sujeitos de direitos limitados da personalidade, em virtude da sua capacidade de sentir e raciocinar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda de Oliveira. **A maximização dos crimes de crueldade aos animais domésticos: uma reflexão criminológica sobre sua antecedência e consequência.**

UCSAL, jun. 2018. Salvador. Disponível em:

<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/1627>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL, Presidência da República

Casa Civil, 1998. Lei de Crimes Ambientais. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. **Acesso em: 19 ago. 2020.**

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.054 de 20 de novembro de 2013. **Acrescenta parágrafo único ao art. 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei;pl:2013-11-20;6054>. **Acesso em: 19 ago. 2020.**

DINIZ, Maria Helena. **Ato de crueldade ou de maus tratos contra animais: um crime ambiental.** Revista Brasileira de Direito Animal. Salvador. Jan. 2018. Disponível em:

<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26219/0>. Acesso em: 24 ago. 2020.

EGEA, Luciana. **Maus-tratos a animais: uma análise desta prática à luz do ordenamento jurídico.** Toledo Prudente, 2019. Presidente Prudente. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/viewFile/8369/67649523>. Acesso em 24 ago 2020.

FIUZA, César. *Direito Civil - Curso Completo*. 13. ed. [S. l.: s. n.], 2009.

GRANDO, C. M.; GALIO, M. H. **Os animais domésticos como sujeito de direito: análise sobre o PL 6.054/2019.** *Academia de Direito*, [S. l.], v. 2, p. 635–652, 2020. DOI: 10.24302/acaddir.v2.2907. Disponível em: <http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/2907>. Acesso em: 22 jul. 2021.

GODOY, C. L. B. *et al.* **Código Civil Comentado**. 9 ed. Barueri: Manole, 2015.

LEVAI, Laerte Fernando. **Os animais sob a visão da ética.** Congresso Ambiental do Ministério Público. São José dos Campos, 2001. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/9/docs/os_animais_sob_a_visao_da_etica.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

LIMA, Joyce Lazaro. **Proteção animal: a lei como instrumento de combate aos maus tratos contra animais domésticos.** *Ciência Amazonida*, v. 1, n. 3, ISSN-2527-046X. Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: <http://posgrad.ulbra.br/periodicos/index.php/amazonida/article/view/3021>. Acesso em: 24 ago. 2020.

LOURENÇO, Daniel Braga. *dA Derecho Animal: Forum of Animal Law Studies*, v. 7, n. 1, p. 1-26, 2016, ISSN 2462-7518. Disponível em: <https://ddd.uab.cat/record/190110>. Acesso em: 06 jun. 2021.

MARCON, Tiago. **Animais sencientes não humanos: considerações acerca da possibilidade de alterar a natureza jurídica dos animais para sujeitos de direito despersonalizados.** Riuni. *Ciências Sociais Aplicada*. Tubarão, SC, 2020. Disponível em: <https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/9619/MONOGRAFIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 ago. 2020.

MATOS, Filipi. **Jusbrasil**. Fortaleza, 2016. Disponível em: <https://direitodiario.jusbrasil.com.br/artigos/382923154/a-fundamentacao-da-metafisica-dos-costumes-de-immanuel-kant-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 20 jul. 2021.

O que é a Lei de Crimes Ambientais. [S. I.], 8 maio 2014. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28289-entenda-a-lei-de-crimes-ambientais/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

PANCHERI, Ivanira. CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. COMENTÁRIOS À LEI SANSÃO: CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA CÃES E GATOS SOB A LEI Nº 14.064/20, v. 11, n. 22, 2021. Disponível em: http://portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/10108. Acesso em: 10 jul. 2021.

PANCHERI, Ivanira. CAMPOS, Roberto Augusto de Carvalho. **LEI SANSÃO. APONTAMENTOS SOBRE A LEI Nº 14.064, DE 29 DE SETEMBRO DE 2020**. Unigranrio, v. 11, n. 1, 2021. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/view/6659>. Acesso em: 15 jul. 2021.

PESTANA DE AGUIAR SILVA, Lucia Frota. AVANÇO, COM ESPECISMO ELETIVO NA “LEI SANSÃO” (LEI 14.064/20). **Direito em Movimento**, [S.I.], v. 18, n. 2, p. 313-320, jan. 2021. ISSN 2238-7110. Disponível em: <http://emerj.com.br/ojs/seer/index.php/direitoemmovimento/article/view/313>>. Acesso em: 22 jul. 2021.

REGIS, Arthur H. P. **Análise da temática dos maus-tratos aos animais**. Revista Processus de Políticas Públicas e Desenvolvimento Social. v. I, n.1 Dez. 2019. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/ppds/article/view/166/164>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

REUTERS, Thomson. Mini Civil. 18ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

REUTERS, Thomson. Mini Penal. 18ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SALES, Carolina. Saiba quais atitudes podem ser consideradas maus-tratos aos animais. Jusbrasil, 2 014. Disponível em: <https://carollinasalle.jusbrasil.com.br/noticias/155756645/saiba-quais-atitudes-podem-ser-consideradas-maus-tratos-aos-animais>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

SILVA, Amanda Alves de Castro. **Direito dos animais uma nova perspectiva aos maus-tratos**. Rio de Janeiro, Jul. 2018. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/5934/1/AACSilva.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

SILVA, Lucas de Freitas. A eficácia do ordenamento jurídico brasileiro na tutela do direito dos animais. Jusbrasil. 2015. Disponível em:

<https://lucasdefreitas.jusbrasil.com.br/artigos/244444384/a-eficacia-do-ordenamento-juridico-brasileiro-na-tutela-do-direito-dos-animais>. Acesso em 20 ago. 2020.

TEIXEIRA, karen. Maus-tratos de animais: uma proteção simbólica na lei de crimes ambientais, 2017. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/download/619/545>>. Aceso em: 22 ago. 2020.

O FOMENTO PÚBLICO NO ESTADO PROMOCIONAL: UM ESTUDO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RAFAEL CASCARDO CARDOSO DOS SANTOS:
Mestre em Direito Público pela Universidade do
Estado do Rio de Janeiro

Resumo: O presente trabalho busca examinar de maneira descritiva e prescritiva a política pública de fomento público adotada pelo Estado do Rio de Janeiro nos últimos anos, consistente na concessão de benefícios fiscais de ICMS. Para tanto, faz-se uma exposição do estado da arte do fomento na literatura jurídica brasileira, bem como das diversas concepções a respeito do papel do Estado na ordem econômica à luz da doutrina contemporânea de direito administrativo. Em seguida, passa-se a examinar os aportes da ciência política e da teoria da captura estadunidense com o escopo de averiguar sua possível contribuição para a governança do fomento público. Por fim, aborda-se a prática adotada pelo Estado do Rio de Janeiro na sua política de fomento público à luz da atuação correspondente dos órgãos de controle e dos *standards* oferecidos ao longo do artigo.

Palavras-chave: fomento público; Estado promocional; capitalismo de laços

Abstract: The present work seeks to analyze the Rio de Janeiro State's public policy of conceding ICMS tax benefits as public grants. For this purpose, it is shown the state of art of public grants in Brazilian legal literature, as well as the different conceptions regarding the role of the State in the economy under the lights of the contemporary administrative legal doctrine. Thereafter, it aims to examine the inputs of political science and the theory of capture so that it contributes to public grant's governance. At last, it seeks to investigate the approach adopted by Rio de Janeiro States on its public grants through the corresponding controlling actions of independent audit institutions and the standards offered along this work.

Keywords: public grants; promotional State; crony capitalism

Sumário: 1 – Introdução: o fomento público entre a subteorização e a sobreaplicação; 2 – O *ethos* da subsidiariedade e o fomento como alternativa – heurísticas do *mainstream* do direito administrativo; 3 – Capitalismo de Laços e Teoria da Captura – por um Fomento Público realista; 4 – A experiência do Estado do Rio de Janeiro na concessão dos incentivos fiscais à luz do critério formal da transparência; 5 – Notas conclusivas; 6 - Referências

1 – Introdução: o fomento público entre a subteorização e a sobreaplicação

As técnicas de Estado de intervenção no domínio econômico, mormente as ferramentas postas à disposição pelo direito administrativo, são muitas vezes estereotipadas ao sabor ideológico do jurista. Neste sentido, a preferência pela intervenção

direta do Estado na economia, por meio de empresas estatais, é tida como prática menos liberal, daí porque a doutrina majoritária do direito administrativo fixou standard não-escrito da 'subsidiariedade' no art. 173 da Constituição da República⁹¹ como condição para a postura mais intervencionista.

Por outro lado, o dogma do livre-mercado há muito caiu em desuso, seja pela clássica formulação a respeito do papel do Estado para corrigir as falhas de mercado,⁹² seja pela promoção de fins estabelecidos pelo poder constituinte originário e derivado,⁹³ seja pela constatação de que a parceria entre o Estado e a iniciativa privada pode lograr obter dividendos socioeconômicos que não conseguiriam alcançar separadamente.⁹⁴

O cenário se mostra propício, portanto, para instrumentos que buscam uma sintonia fina entre o dinamismo da iniciativa privada e o robusto aparato estatal: entra em cena o fomento público com a promessa de aparar as arestas de pontos cegos recíprocos.⁹⁵ A dogmática do direito administrativo, composta muitas vezes por manuais que irão moldar a formação generalista do futuro servidor público, enaltece a figura do fomento, inserido no paradigma do Estado promocional, que reconhece suas limitações de atuação direta, ao mesmo tempo em que valoriza a sistemática de metas e incentivos para a iniciativa privada.

91 Art. 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

92 A literatura é cambiante no que tange à classificação das falhas de mercado, sendo as mais relevantes delas a assimetria informacional, as externalidades, a concentração predatória de poder de mercado e as práticas anti-concorrenciais, os bens públicos, e os problemas de coordenação. Sobre falhas de mercado, desenvolver em BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice**. Oxford University Press. Second Edition, 2012. pp. 15-25; e em BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Fórum. 2ª edição, 2017. pp. 160-179.

93 Quanto ao ponto, endossamos a tese de que a Ordem Econômica da Constituição não é neutra, não sendo a intervenção do Estado na economia – seja ela direta ou indireta – fundamentada tão somente na regulação das falhas de mercado, mas também na promoção dos direitos fundamentais e dos objetivos programáticos consagrados, dentre outros, nos arts. 1º, 3º e 170 da Carta Republicana.

94 Sobre a atuação sinérgica da iniciativa privada e de entes públicos, consultar a instigante obra de MINOW, Martha. **Partners, not Rivals: Privatization and the public good**. Beacon Press, 2002.

95 É o que se extrai, por exemplo, do Estado subsidiário defendido em: TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Renovar, 2001. Embora com maior rigor argumentativo, o modelo de Estado promocional defendido por Egon Bockmann Moreira também caminha no mesmo sentido. Ver: MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2016.

O mesmo pode ser dito para monografias específicas a respeito da intervenção do Estado na economia. Com efeito, o fomento público tem presença garantida na caixa de ferramentas do publicista contemporâneo. Há pouca atenção para as pré-condições econômicas e institucionais do seu sucesso prático, bem como para a constante necessidade de seu monitoramento efetivo: é como se o “nome da coisa”, encantado por um feitiço, pudesse produzir os resultados prometidos pela sua mera exortação.

O presente artigo buscará lançar luzes sobre a aparente contradição entre teoria e prática do fomento. Num primeiro momento, mostrar-se-á necessária a exposição da dogmática tradicional a respeito do tema. Isto porque, como já dito, a formação generalista do servidor público se louva nesta literatura inicial e, muitas vezes, o apelo retórico que o fomento possui afasta a necessidade de recurso a materiais específicos, mormente no dia a dia do varejo do controle interno de legalidade da burocracia estatal.

Assim, embora carecermos de pesquisas empíricas específicas para confirmar esta impressão, não é leviano afirmar que o servidor público, permeado por incentivos externos da iniciativa privada e internos da agenda política do gestor público – interessados por razões nem sempre republicanas na concessão do fomento –, não encontra nesta literatura razões jurídicas para aprofundar seu controle de legalidade.⁹⁶

Na sequência, apresentaremos um contraponto a este *ethos* jurídico dominante. Embora a crítica central no âmbito jurídico venha da obra de José Vicente Santos de Mendonça, há elementos a serem agregados da teoria da captura de viés estadunidense, bem como percepções socioinstitucionais oferecidas pelo conceito de *crony capitalism*, importado no Brasil na ideia de capitalismo de laços.

Uma vez feita a leitura crítica do fomento, buscaremos trazer alguns elementos constitutivos materiais, formais e procedimentais que devem estar presentes na sua concessão. Como se verá, a observância destes requisitos é essencial para a preservação do interesse público, na medida em que o fomento concedido de forma onerosa e por prazo determinado se incorpora no patrimônio jurídico do particular, não podendo ser revogado, de sorte que o planejamento na sua concessão é cabal para reduzir eventuais prejuízos.

As impressões esboçadas na análise teórica do fomento serão postas a teste no exame dos benefícios fiscais concedidos pelo Estado do Rio de Janeiro. Com isso, faz-se recortes espaciais – Estado do Rio de Janeiro – e materiais – na categoria do fomento público, serão analisados somente benefícios fiscais.

⁹⁶ Há, ainda, vieses institucionais do serviço público brasileiro, como, por exemplo, o viés de inércia decorrente da estabilidade e dos poucos incentivos de promoção por desempenho, o que pode acarretar a ausência de análise crítica pormenorizada que o fomento requer.

A narrativa dos fatos não será unidirecional. Apesar de o fio condutor exposto pelos veículos de comunicação endossar a visão dos órgãos de controle – Tribunal de Contas e Ministério Público – e do Judiciário, traremos igualmente os argumentos de órgãos do Poder Executivo estadual para fundamentar a concessão dos malfadados benefícios.

Na mesma toada, numa necessária aproximação entre teoria e prática, empreenderemos uma análise corretiva dos benefícios fiscais concedidos no Estado do Rio de Janeiro, com especial atenção à transparência e *accountability* republicana.

Por fim, algumas notas conclusivas serão esboçadas, ainda que em tons impressionistas, com o escopo de traçar algumas lições para a governança pública do futuro.

2 – O *ethos* da subsidiariedade e o fomento como alternativa – heurísticas do *mainstream* do direito administrativo

Não há como pautar o ufanismo do fomento público na literatura convencional sem antes abordar sua premissa teórica – e, ao fim e ao cabo, ideológica –, calcado na ideia de subsidiariedade.

O princípio da subsidiariedade possui raiz teológica, tendo sido suscitado pela primeira vez na Encíclica Papal *Centesimus Anno*, com o nobre propósito de apresentar um contraponto à ascensão de Estados fascistas totalitários, articulando a ideia de descentralização como a *ratio* subjacente para a solução dos conflitos sociais.

Não obstante a origem bíblica, a subsidiariedade teve aderência no direito público ao se articular com algumas noções da filosofia política contemporânea, notadamente com o pluralismo social endossado pelo libertarianismo e pelo liberalismo político, em combate a visões organicistas de Estado.⁹⁷

Aqui podemos constatar duas inconsistências. Em primeiro lugar, a subsidiariedade tal como idealizada em sua origem pretende combater uma visão política de Estado. É evidente, por um lado, que os sistemas econômicos e políticos não são herméticos,⁹⁸ sendo possível conjecturar que uma pauta autoritária no âmbito político irá refletir uma tendência centralizadora e planificadora no domínio econômico. Por outro, a realidade política vem mostrando que tal correlação nem sempre se concretiza, podendo

⁹⁷ Para uma análise do fomento na ordem econômica constitucional que realiza este itinerário histórico, ver: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. **In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Edição nº 35, 1995.** pp. 13-52.

⁹⁸ Uma acessível introdução à teoria dos sistemas pode ser encontrada em: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial.** Editora Saraiva, 2ª edição, 2011. pp. 15-46

haver governos de tendências autoritárias no domínio político e que apoiam o livre mercado.

Para além deste salto epistêmico, e como conseqüência da observação anterior, uma subsidiariedade estatal na economia muitas vezes sequer pode afetar o autoritarismo e a formação de Estados totalitários. Ao revés, a atuação direta do Estado na economia para fomentar, por exemplo, o pluralismo cultural pode ser um antídoto para a formação de Estados autoritários, ao construir cidadãos abertos e bem informados.⁹⁹

Desta forma, e de modo a buscar uma justificativa sincera para a subsidiariedade na economia, cabe ao acadêmico desvincular seu desiderato daquele da sua origem - combate ao autoritarismo político -, amoldando-o a uma visão ideológica neoliberal. Com efeito, defender a subsidiariedade nos termos do combate ao autoritarismo político estatal revela miopia argumentativa, pois a chave da política não é a mesma da economia.

Por outro lado, a assunção da defesa da subsidiariedade como forma de combater a ascensão de um Estado socialista – *i.e* que possui o controle total sobre os meios de produção – igualmente denota uma falácia argumentativa: a famosa *slippery slope*.¹⁰⁰ Há verdadeiro gradiente entre o livre-mercado – o qual depende do Estado para operar em condições ideais – e o socialismo, de modo que vem se cunhando a expressão “capitalismo de Estado” para designar a organização econômica adotada nos países latino-americanos e asiáticos.¹⁰¹

Feitas estas ressalvas conceituais quanto ao princípio da subsidiariedade, há que se destacar que o contexto histórico em que este ingressou no domínio jurídico e econômico brasileiro foi propício para a aderência do conceito.

No curso da década de 1990, o contexto pós-redemocratização brasileiro, aliado com a queda do bloco soviético – que congregava autoritarismo político e planificação estatal da economia -, foi rapidamente seguido de mudanças estruturais que buscaram

⁹⁹ É o que defende, dentre outros, STANLEY, Jason. **How fascism works: the politics of us and them**. Random House, New York. 2018.

¹⁰⁰ É discutível se tal falácia é proposital, refletindo ilusionismo típico da captura cultural. Quanto ao conceito de captura cultural, ver: KWAK, James. Cultural Capture and the Financial Crisis. In: CARPENTER, Daniel; MOSS, David (Ed.). **Preventing Regulatory Capture: Special Interest influence and how to limit it**. Cambridge University Press, 2014. pp. 71-99. Neste sentido de busca por um meio termo entre socialismo e *laissez-faire*, ver: ACKERMAN, Bruce; ALSTOTT, Anne. Why Stakeholding?. In: ACKERMAN, Bruce; ALSTOTT, Anne; PARIJS, Philippe van. **Redesigning Distribution: basic income and stakeholder grants as cornerstones for an egalitarian capitalism**. Verso, 2006.

¹⁰¹ Lazzarini e Musacchio falam, no Brasil, da oscilação entre um Leviatã como investidor minoritário e majoritário. Ver: LAZZARINI, Sergio; MUSACCHIO, Aldo. **Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países**. 1ª Edição – São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015. pp. 18-31.

desestatizar e privatizar a economia.¹⁰² Para um observador distante, parecia que o tom sonhado choque do liberalismo do qual o país carecia finalmente havia chegado.¹⁰³

Diante deste cenário institucional, muitos juristas defenderam, em solo normativo, a existência de um princípio da subsidiariedade na Ordem Econômica constitucional,¹⁰⁴ senão com base nos arts. 170 e 173 da Constituição da República, ao menos por meio de uma interpretação sistemática e teleológica à luz das reformas constitucionais efetuadas desde a sua promulgação. Por todos, confirmam-se os argumentos de Marcelo Zenni Travassos¹⁰⁵:

Em sequência, foi exposto que o modelo histórico estatal contemporâneo é marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa. Em relação ao modelo estatal anterior (Estado Social), o modelo estatal contemporâneo se apresenta como um Estado Subsidiário Regulador e de Fomento. Há uma redução da atuação do Poder Público sobre as ordens econômica e social através da exploração estatal direta de serviços públicos e de atividades econômicas em sentido estrito. Tal não significa, entretanto, a retirada do Poder Público das ordens econômica e social, mas tão somente uma redefinição de seu papel e instrumentos primordiais de atuação. O Estado passa a atuar sobre as ordens econômica e social eminentemente através da regulação

102 As Emendas Constitucionais nº 05, 08 e 09, todas de 1995, flexibilizaram alguns monopólios, conferindo abertura à iniciativa privada, ao passo que as Emendas nº 06 e 07 facilitaram a entrada de capital estrangeiro. Por fim, vigia desde 1990 o Programa Nacional de Desestatização – Lei nº 8.031/90.

103 Como se verá na seção seguinte, até a privatização foi feita com grande participação estatal.

104 A jurisprudência do STF segue esta orientação, como se extrai do seguinte trecho da ementa do acórdão da ADI 1.923, julgada em 16/04/2015: “6. A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação. 7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado. 8. Os arts. 18 a 22 da Lei n. 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento se simultaneamente ou após a edição da Lei”.

105 TRAVASSOS, Marcelo Zenni. O Estado subsidiário regulador e de fomento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Revista: CCCSS Contribuciones a la Ciencias Sociales**, 2015.

estatal, disciplinando e fomentando a prestação de atividades pela livre iniciativa privada.

Ainda no Item 2, foi afirmado que tal modelo estatal contemporâneo, marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa, foi consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A leitura dos arts. 1º, 170 e 173 não deixa dúvidas a esse respeito. Via de regra, a exploração de atividades deve ser deixada à primazia da livre iniciativa, sem que seja exigida qualquer autorização estatal para tanto. Somente em casos excepcionais a exploração de atividades pela livre iniciativa privada pode estar condicionada à exigência de autorizações estatais. Da mesma forma, via de regra, não deve o Poder Público explorar diretamente atividades econômicas. Somente em casos excepcionais (imperativo de segurança nacional ou por relevante interesse coletivo) tal exploração estatal de atividade econômica deve ser permitida.

(...) Ou seja, posicionou-se o presente estudo, ainda em um plano teórico e aplicável a toda e qualquer constituição, no sentido de que não necessariamente o conteúdo constitucional deve se restringir ao consenso sobreposto, não necessariamente devendo uma constituição ser politicamente neutra. Pelo contrário, posicionou-se o presente estudo, ainda em um plano teórico e aplicável a toda e qualquer constituição, no sentido de ser possível que as constituições já realizem opções políticas, desde que as mesmas, sendo razoáveis, não violem o consenso sobreposto pré-político e pré-constitucional.

Por fim, ainda que não fosse suficiente a argumentação desenvolvida em um plano teórico e aplicável a toda e qualquer constituição, restou claro no Item 3 que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não deixa qualquer dúvida acerca de a mesma já ter realizado opções políticas. A Lei Maior de 1988 definitivamente não é um documento politicamente neutro. Caso assim fosse quando de sua promulgação em 1988, certamente deixou de ser ao longo das significativas alterações que sofreu através do exercício do Poder Constituinte Derivado. Mais particularmente no que diz respeito à atuação do Poder Público nas ordens econômica e social, a Carta de 1988 claramente adota um Estado Subsidiário Regulador e de Fomento, marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa.

A crítica a esta concepção escapa a alçada do presente trabalho.¹⁰⁶ Faz-se oportuno, entretanto, frisar a relevância que o fomento público adquire no âmbito teórico ao congregar, de um lado, o princípio da subsidiariedade, e, do outro, a ascensão do neoconstitucionalismo – ou constitucionalismo democrático – e sua ênfase na proteção aos direitos fundamentais. Eis a premissa e o *ethos* jurídico subjacente aos manuais de direito administrativo que tratam do tema.

Adentrando neste domínio, cumpre trazer as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁰⁷, que traz definição de fomento com o esforço analítico¹⁰⁸ que lhe é peculiar:

Em suma, pode-se conceituar a função administrativa de fomento público como o estímulo oferecido direta, imediata e concretamente pela Administração, na forma da lei, a iniciativas da sociedade que sejam de reconhecido interesse público.

(...) Considerados esses elementos e na linha da sistemática adotada, oferece-se o seguinte conceito de fomento público: função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de entidades públicas e privadas, para desempenharem atividades que a lei haja destacado como de especial interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade.

Dada a amplitude que, acompanhando irreversível tendência universal, essa função administrativa vem cobrando na ordem constitucional vigente, este Capítulo se dividirá em quatro Seções: 1 – o planejamento estatal, nele compreendendo as atividades de desenvolvimento regional e as atividades supletivas do Estado; 2 – o fomento social; 3 – o fomento econômico e 4 – o fomento institucional.

¹⁰⁶ Recomenda-se aprofundar em: MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª Edição, Editora Forense, 2010.

¹⁰⁸ De todos os manuais consultados, o do Diogo de Figueiredo Moreira Neto é o que aborda o fomento público em maior detalhe à luz do direito constitucional econômico positivo.

Destas considerações, extraem-se alguns elementos constitutivos do fomento público: **(i)** trata-se de técnica indutora, pertencente à Administração Pública consensual que realiza ordenação da economia por meio do manejo de sanções premiais;¹⁰⁹ **(ii)** possui como premissa o planejamento estatal, calcado no artigo 174 da Constituição da República; e **(iii)** pode ser veiculado por uma pluralidade de meios, já que seu compromisso final é com os fins que devem ser alcançados.¹¹⁰

Há debate doutrinário a respeito do caráter discricionário ou vinculado do fomento público. A nosso ver, a espécie de fomento adotada, o setor econômico contemplado e – em até certo ponto – o critério empregado para selecionar os beneficiários guardam características discricionárias, em deferência ao princípio democrático.

No entanto, isto não significa deixar de conhecer zonas de sindicabilidade judicial clara. Aliás, a política de fomento bem delineada normativamente é aquela que traz parâmetros objetivos, dando pouca margem para discricionariedade do administrador uma vez exteriorizada no mundo jurídico.¹¹¹ O ponto carece de tratamento no âmbito da dogmática administrativa tradicional, o que será melhor aprofundado na seção seguinte.

Outra questão polêmica diz respeito à revogabilidade do fomento público. Pela sua natureza *prima facie* discricionária, uma análise açodada poderia levar a conclusão pela sua plena revogabilidade. Nada mais equivocado. A política de fomento público, quando bem delineada, pode ensejar diversas posturas de planejamento do particular, que se mostra obrigado a atender às exigências de enquadramento no benefício – seja ele de crédito ou fiscal –, bem como a alinhar-se ao fim público colimado. Nestes casos, o princípio da segurança jurídica, na faceta subjetiva da proteção à confiança legítima, tutela o particular, de sorte que se pode cogitar, numa ponderação com o princípio democrático e a proteção do interesse público, de ressarcimento do lesado em perdas e danos.

Noutros casos, sequer a conversão em perdas e danos seria possível, pois o fomento ganha feições vinculadas na medida em que evitado de onerosidade, garantido por prazo determinado e consagrado em instrumentos jurídicos que geram direitos adquiridos integrantes da esfera jurídica do particular (*i.e.* oriundos tanto de instrumentos contratuais – como termo de fomento da Lei nº 13.019/14 –, quanto concedidos em

¹⁰⁹ Elementos pertencentes à “moderna” Administração Pública.

¹¹⁰ O fomento público mediante medidas fiscais deve, ainda, respeitar o princípio da legalidade orçamentária e os ditames do art. 14 da LRF.

¹¹¹ A ressalva é importante, pois não obstante o emprego de determinada técnica de fomento seja, em princípio, discricionário e esteja sujeito à conveniência e oportunidade do gestor, há, após sua concessão, vinculação da Administração Pública durante o prazo de vigência do benefício, ressalvada hipótese de revogação por descumprimento do beneficiário, como se verá a seguir.

processos administrativos com fundamento em instrumentos normativos – como Leis ou Decretos).

Quanto ao ponto, no que diz respeito aos benefícios fiscais onerosos – espécie de fomento público -, há entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal limitando sua revogabilidade.¹¹²

Nas hipóteses de fomento público oneroso e por prazo determinado, a Administração Pública pode tão somente lançar mão da revogação motivada: o desatendimento dos pressupostos de enquadramento pelo particular durante o prazo previsto para concessão do benefício autoriza, desde que observadas às garantias processuais constitucionais, o seu cancelamento.

Não é demais frisar que a concessão do benefício por determinado prazo não garante a sua prorrogação, pois aqui há ampla discricionariedade da Administração Pública.

Dito isto, é sintomático que a mesma literatura que enaltece o uso do fomento como técnica primordial da Administração Pública contemporânea, parceira do agente privado e que atua pela lógica de incentivos, não avance para enfrentar ou, ao menos, para destacar as dificuldades do dia a dia do gestor público. É possível cogitar de duas razões para isso.

Em primeiro lugar, a própria pluralidade de formas que o fomento pode adquirir, as quais ensejam os mais diversos tipos de classificação a sabor do autor, torna difícil delimitar e elencar zonas de certeza positivas e negativas de legalidade. De acordo com esse raciocínio, a concessão de benefícios fiscais traria problemas distintos dos verificados no tratamento favorável ao acesso ao crédito.

Por outro lado, entende-se que a escolha da modalidade de fomento público envolve juízo técnico a respeito da suscetibilidade daquele setor a determinado incentivo para atingimento da finalidade pública, bem como uma análise da conveniência política de se priorizar determinado interesse público em detrimento de outro.

Estas ressalvas a uma teoria do fomento com claros limites de juridicidade não merecem prosperar: a uma, os problemas práticos engendrados pelo fomento oscilam pouco em razão do meio adotado, geralmente gravitando sobre questões de isonomia, impessoalidade, transparência e análise de custo-benefício; e, a duas, nenhum instituto de

¹¹² Súmula 544 – Isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas.

direito administrativo possui elementos unicamente discricionários – nem mesmo por isso são menos controláveis nos seus aspectos jurídicos.

Quanto ao ponto, não se pode olvidar que há manuais que abordam estes limites, ainda que não os elaborem. Neste sentido, Rafael Oliveira destaca a exigência de critérios objetivos para uma escolha impessoal do beneficiário do fomento, tudo feito com ampla transparência e publicidade dos atos praticados.¹¹³ Marçal Justen Filho, louvando-se das lições de Bobbio, denota o paradigma do papel promocional do direito¹¹⁴ no instituto do fomento, mas não aborda seus limites jurídicos.¹¹⁵

A seu turno, Diogo de Figueiredo, a despeito de classificar os diversos âmbitos de aplicação do fomento público e salientar o papel do planejamento, não desenvolve limites jurídicos para sua atuação. Celso Antônio Bandeira de Mello faz coro à preocupação da subteorização do fomento público, mas não desenvolve balizas jurídicas para o seu exercício.¹¹⁶ Maria Sylvia Zanella di Pietro confere maior atenção aos termos de fomento da Lei das Parcerias.¹¹⁷ Já Alexandre Aragão, Diógenes Gasparini e José dos Santos Carvalho Filho sequer abordam o fenômeno ao tratar da intervenção do Estado na ordem econômica.¹¹⁸

3 – Capitalismo de Laços e Teoria da Captura – por um Fomento Público realista

A quadra atual é de sensação de ineficiência e corrupção generalizada no setor público. Esta inquietação também afeta o fomento público, o qual supostamente facilitaria

113 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 564

114 Com efeito, o papel promocional do Direito tem muita importância no estudo do fomento público. Para uma análise do direito e desenvolvimento, ver: COUTINHO, Diogo R. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. Editora Saraiva, 2013. pp. 83-109

115 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2016. pp. 857-868.

116 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª Edição, Malheiros, 2012. pp. 832-833.

117 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª Edição. Forense, 2018.

118 Respectivamente: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012. GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25ª Edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

o acesso à crédito e concederia tratamento fiscal mais benéfico apenas aos amigos do rei.¹¹⁹

O mal-estar presente na opinião pública possui expressão teórica na ideia de capitalismo de laços. A expressão *crony capitalism*, utilizada por acadêmicos ao descrever a relação entre governo e empresas na América Latina e em parte da Ásia, foi desenvolvida na realidade brasileira por Sérgio Lazzarini¹²⁰ na noção de capitalismo de laços, ao analisar os processos de privatização e de acesso às políticas de crédito do BNDES e da CEF.

De acordo com o autor, há elementos do capitalismo de laços nas obras de grandes ensaístas brasileiros como Raymundo Faoro e Sérgio Buarque de Hollanda, bem como na análise do antropólogo Roberto DaMatta. Com efeito, informalidade, corporativismo, personalismo, patrimonialismo, estatismo e clientelismo¹²¹ são traços marcantes desta estratégia de governança, cabendo, para maior clareza, reproduzir *ipsis litteris* os termos de Lazzarini¹²²:

Esse emaranhado de contatos, alianças e estratégias de apoio gravitando em torno de interesses políticos e econômicos é o que eu denomino capitalismo de laços. Trata-se de um modelo assentado no uso de relações para explorar oportunidades de mercado ou para influenciar determinadas decisões de interesse. Essas relações podem ocorrer somente entre atores privados, muito embora grande parte da movimentação corporativa envolva, também, governos e demais atores na esfera pública.

(...) À primeira vista, o termo “laços” pode denotar relações próximas, íntimas, duradouras. Aqui, entretanto, o significado é mais no sentido de relações sociais valiosas: um contato pessoal que é estabelecido para obter algum benefício particular ou, ainda, um gesto de apoio visando algo em troca no futuro. Evidentemente, essas relações recíprocas são favorecidas por laços pessoais fortes. Contatos familiares, por exemplo, têm elevada saliência em diversos contextos econômicos: ouvimos frequentemente casos de pessoas indicadas a

119 Para uma boa síntese desse modelo de governança, ver: LISBOA, Marcos. Prefácio. In: MELLO, Fernando; SELIGMAN, Milton. **Lobby desvendado: democracia, políticas públicas e corrupção no Brasil Contemporâneo**. 1ª Edição. Editora Record, 2018.

120 LAZZARINI, Sérgio. **Capitalismo de Laços: os donos do Brasil e suas conexões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

121 Para uma leitura contemporânea dos traços da antropologia brasileira captados pelos grandes ensaístas do Brasil, ver: SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. Companhia das Letras, 2019.

122 LAZZARINI, Sérgio. Op. Cit. pp. 25-26

determinados postos porque são parentes de pessoas de influência. Entretanto, uma relação pode ser construída entre estranhos que trocam favores ou que se aproximam por meio de um conhecido em comum. “Laço”, neste livro, é algo que deve ser entendido de forma mais genérica como “relação entre atores sociais para fins econômicos”.

Ao se valer da moderna teoria das redes sociais, Lazzarini destaca – ainda no cenário das privatizações – a existência de redes de propriedade e aglomerações – *i.e* proprietários que participam das mesmas empresas -, tendo por padrão atores de ligação – *i.e* conectores de aglomerações distintas – pertencentes da estrutura da Administração Pública, tais como Previ e BNDES.

No âmbito do fomento público, o capitalismo de laços destaca outro padrão de disfuncionalidade: em média, empresas com maior facilidade de acesso a crédito foram também as maiores doadoras de campanha empresarial e, igualmente, tendem a ser as menos eficientes sob a perspectiva do mercado – e, logo, mais dependentes das medidas clientelistas.

Embora a ideia de capitalismo de laços tenha sido articulada recentemente, a literatura norte-americana sobre falhas de governo,¹²³ por meio da teoria da captura, descreve com acurácia a corrupção na concessão de fomento público.

Mesmo a sua formulação inaugural – em que se discutia a existência de barreiras regulatórias para novos entrantes, financiadas por *lobby* de empresas já estabelecidas no mercado – é plenamente aplicável ao caso do fomento: a facilitação de acesso ao crédito e a concessão de benefícios fiscais indiscriminadamente pode moldar mercados, de modo que seu impacto pode gerar o mesmo efeito prático de uma barreira de entrada.

Na mesma linha, o fenômeno da captura cultural, embora de alta porosidade, possui importante eficácia, na medida em que não há regras de *disclosure* para lobistas, nem períodos de quarentena que evitem o fenômeno da “porta giratória” entre o setor público e privado.¹²⁴ Assim, a sedimentação silenciosa da inevitabilidade do fomento público tal como já desenhado impede que se pense em alternativas mais republicanas.

123 Sobre a literatura de falhas de governo, ver: STIGLER, George. Theory of Economic Regulation. In: **Bell Journal of Economics**, 1971. BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. Op. Cit. pp. 43-49.

124 Por todos, ver: KWAK, James. Op. Cit.

Aliás, uma rara – em verdade, única – exceção ao rol de manuais citados no item anterior vem na obra de Lucas Rocha Furtado,¹²⁵ que sintetiza bem o *Zeitgeist* acima apontado:

É imperioso que a concessão de benefícios observe critérios de impessoalidade e de moralidade.

(...) Em nenhuma outra área da Administração Pública a discricionariedade administrativa deve ser repelida com tanta ênfase. Se não for estabelecido, de forma prévia e objetiva, como será feita a distribuição desses benefícios, o resultado será um só: corrupção.

A distribuição dos incentivos ou benefícios públicos deve ainda observar regras de publicidade, de modo a garantir a competitividade entre os possíveis interessados.

A necessidade de observância desses e de outros princípios do Direito Administrativo sujeita a atividade de fomento à procedimentalização administrativa, que deve observar diferentes etapas.

A primeira etapa consiste no planejamento dos incentivos ou benefícios a serem concedidos. Devem ser definidas as áreas prioritárias e identificados os possíveis beneficiários, bem como o exame acerca dos resultados que poderão advir da concessão dos benefícios. Definidos esses parâmetros, devem ser estabelecidos os requisitos a serem preenchidos pelos eventuais pretendentes. Se houver concorrência, isto é, se o número de interessados em obter os benefícios for superior ao volume de benefícios disponibilizados, devem ser indicados os critérios para deferimento e indeferimento dos pedidos. Concedidos os benefícios, devem ser fortalecidas as atividades de acompanhamento e de fiscalização da utilização dessas ajudas públicas.

É de se ressaltar que deve haver a necessária segregação de funções públicas: o agente público encarregado da escolha dos beneficiários não pode participar do processo de prestação de contas da aplicação dos recursos, por exemplo”.

¹²⁵ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 5ª Edição. Fórum, 2016. pp. 644-645.

É possível intuir que o tom do autor decorra de certo desolamento ao exercer, na vida profissional, a função de controle do uso de recursos públicos federais. Em todo caso, a preocupação deveria ser endossada nos demais manuais mencionados na seção anterior, tendo em vista – repisa-se – constituírem a formação do imaginário jurídico do servidor público.

Na linha da necessidade de reinvenção da doutrina administrativista sobre fomento público, José Vicente Santos de Mendonça, embora em obra que não se pretende propedêutica, estabelece critérios para classificar o fomento constitucionalmente adequado, os quais podemos subdividir em três grandes grupos – **(i)** formais; **(ii)** materiais; e **(iii)** procedimentais.¹²⁶ Passamos, pois, a desenvolvê-los.

Dentre os pré-requisitos formais, a transparência ou ampla publicidade é o primeiro que se destaca. Além de estar inscrito no caput do artigo 37, da Carta Magna como dever fundamental a ser observado pela Administração Pública, trata-se de corolário do princípio republicano.

Não poderia ser de outra forma. O fomento envolve repasse de recursos públicos¹²⁷ – ainda que de forma indireta pela renúncia de receita -, bens que dizem respeito a toda coletividade.¹²⁸ Por esta razão, a transparência deve ser a regra nas quatro etapas principais da concessão do fomento público: **(i)** no âmbito do planejamento das finalidades de Estado e nos meios para sua consecução; **(ii)** na ampla divulgação, uma vez selecionada a modalidade de fomento público, dos critérios de seleção dos beneficiários; **(iii)** na fiscalização *pari passu* à execução pelos beneficiários da finalidade que se busca incentivar; e **(iv)** na prestação de contas final do beneficiário, bem como da Administração Pública ao cotejar as metas idealizadas e aquelas efetivamente realizadas. No mais, é cediço que estes postulados servem não só ao controle institucional pelos órgãos que detêm esse

126 Até o final desta seção, os apontamentos sobre os limites do fomento público se louvam da obra de: MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2ª Edição, Fórum, 2018. pp. 307-359.

127 O próprio STF possui entendimento consolidado no sentido de que a divulgação dos vencimentos dos servidores com sua respectiva identificação não viola direito à privacidade, por envolver, em última análise, responsividade com o uso do dinheiro público (ver por todos, Agravo em Recurso Extraordinário nº 652.777). O mesmo raciocínio pode ser empregado para a transparência no fomento público.

128 Neste sentido, a exposição de motivos da Lei Geral de Subvenções espanhola é bastante enfática ao frisar a importância da transparência para a gestão pública.

mister constitucional, mas também para viabilizar o controle social, o que põe ainda mais à evidência a imperatividade de se priorizar a transparência ativa.¹²⁹¹³⁰

Esse critério pode parecer banal à primeira vista, mas se trata de um dos parâmetros mais eficazes e inexplorados para juridicizar o fomento público. Desta forma, não obstante a discricionariedade no conteúdo material do planejamento da ajuda pública, bem como o teor técnico de seu produto, caso não tenha sido acompanhado da devida transparência e procedimentalização nas quatro etapas acima elencadas,¹³¹ o órgão de controle estará legitimado a realizar uma análise mais forte, podendo considerá-la *prima facie* suspeita.

Aqui, duas ressalvas. Há certa fetichização do controle na realidade jurídica brasileira, o que deve ser evitado a todo custo sob pena de o próprio desiderato da ajuda pública não conseguir ser realizado. É dizer: ao realizar o controle por meio da inobservância da regra da transparência, não pode o órgão sugerir a suspensão liminar de sua concessão, hipótese em que, caso comprovada mais adiante a higidez do benefício, o ambiente econômico e institucional pode não ser mais propício para que a ajuda seja eficaz. Assim, a melhor forma de se enfrentar a não existência de um processo administrativo burocrático ou da não publicização ampla de determinados atos é oportunizar a oitiva da Administração Pública e dos interessados para após – se for o caso – num juízo exauriente sugerir a adoção de medidas corretivas materiais.

Especial atenção deve ser dada às hipóteses de sigilo constitucional. Com efeito, algumas informações específicas do particular ou da Administração Pública podem não ter sido publicizadas não por conta de uma cultura arraigada do sigilo, mas sim por interesses contrapostos constitucionalmente tutelados e que deram ensejo a uma postura mais prudencial. Tal ponderação torna ainda mais nítido o dever de se ouvir as partes antes de se suspender liminarmente o benefício.

Outro aspecto formal digno de nota é a competitividade. A competitividade traz ínsita a noção de objetividade na concessão do fomento público, mas deve ser interpretada

129 Aliás, a transparência gera incentivos de eficiência. Transcrevam-se, aqui, as lições de Brandeis “Publicidade é recomendada como remédio tanto para patologias sociais quanto econômicas. A luz solar é o melhor dos desinfetantes; a luz elétrica é o policial mais eficiente”. BRANDEIS, Louis. **Other people’s Money and how the bankers use it**. New York Publishers, 1914. p. 94.

130 A transparência ativa, embora prevista no art. 8º da Lei de Acesso à Informação, ainda é parcamente aplicada, mormente nos rincões do país.

131 Para os que entendem existir um direito fundamental à justificação, a transparência é medida necessária, mas não suficiente, para a sua observância. Desenvolver em: FORST, Rainer. **The right to justification: elements of a constructivist theory of justice**. Columbia University Press, 2011. BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa**. 2ª edição, Fórum: 2017.

de modo distinto daquela competitividade do certame licitatório. Isto porque o fomento se dá muitas vezes para permitir que o beneficiário se torne competitivo no mercado e não para que ele seja selecionado por ser *a priori* o mais competitivo. A Administração Pública deve, portanto, fazer um juízo prognóstico com o *pool* de informações que detém, o que gera, evidentemente, margem de discricionariedade técnica.

Um adendo merece ser feito: a calibragem da ajuda pública à luz da competitividade envolve uma combinação entre as condições econômicas do interessado e o grau prévio de competitividade dos atores atuante no setor fomentado. No entanto, diferentemente do que se tem observado na concessão de acesso ao crédito, não se deve buscar tornar o beneficiário absolutamente dominante no mercado com uso da ajuda pública. Em outras palavras, a concentração econômica por meio do fomento público vai de encontro à ideia republicana de liberdade como não-dominação.¹³²

Ademais, entendemos que a isonomia mínima presente no postulado formal da competitividade veda, quando haja manifestação de mais interessados do que o erário público tenha planejado, a adoção do critério cronológico como forma de escolha. Embora num primeiro olhar, de fato, pareça um referencial objetivo e neutro, caso o processo de planejamento tenha sido capturado por atores privados, estes terão mais subsídios para se favorecer, em detrimento da competitividade e da isonomia. Mais: o objetivo, em geral, do fomento público é ajudar aqueles que ainda não são competitivos e muitas vezes se situam em contexto de hipossuficiência epistêmica, de modo que levarão mais tempo para se informar do programa de incentivo.

Desta forma, como a captura regulatória é difícil de se comprovar em termos concretos, o melhor é se precaver e não adotar critérios – como o cronológico – os quais facilitarão os grupos de interesse bem mobilizados.¹³³

Outra regra formal a se observar diz respeito à objetividade. Intimamente ligada à noção de competitividade, a objetividade tem preferência por critérios técnicos precisos, evitando, ao máximo, o uso de conceitos indeterminados. José Vicente dos Santos Mendonça, reconhecendo a inevitabilidade da discricionariedade da própria linguagem,

¹³² A leitura republicana da liberdade como não-dominação pode ser extraída de PETTIT, Phillip. **Republicanism: a Theory of Freedom and Government**. Oxford: Oxford University Press, 1996; RAHMAN, Sabeel. **Democracy against Domination**. New York: Oxford University Press, 2017. Para uma leitura contemporânea do republicanismo, ver, também: SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma República Inclusiva. In: SARMENTO, Daniel. **República, inclusão e constitucionalismo: Escritos Constitucionais**. Lumen Juris, 2018. MICHELMAN, Frank. **Law's Republic**. Yale Law Journal, 1998; SUNSTEIN, Cass. **Beyond the Republican Revival**. University of Chicago Law School, 1988.

¹³³ Sobre a teoria dos grupos de interesse, conferir: STEARNS, Maxwell; ZYWICKI, Todd. **Public Choice concepts and applications in law**. West Academic Publishing, 2009. FARBER, Daniel; FRICKEY, Philip. **Law and Public Choice: a critical introduction**. University of Chicago Press, 1991.

estabelece duas regras procedimentais com o intuito de fortalecer a objetividade: a decisão deve ser tomada por órgão colegiado, o que dificulta os custos da captura, além de cancelar vieses individuais;¹³⁴ e este órgão deve ser composto por indivíduos de *background* distintos, de modo a evitar a captura cultural.

Na linha da tentativa de evitar a captura, podemos acrescentar a recomendação, feita por Lucas Rocha Furtado, de que as diferentes etapas do fomento público – planejamento, concessão, fiscalização e prestação de contas – sejam delegadas a órgãos ou pessoas diferentes no âmbito da Administração Pública.¹³⁵

Passando aos critérios materiais, temos, primeiramente, a não-lucratividade. A *ratio* subjacente a esta regra decorre do próprio conceito de ajuda pública, a qual deve ser feita na exata medida em que necessária para atingir os fins pretendidos. Caso contrário, o fomento público perde sua alardeada vantagem em relação às modalidades de intervenção direta do Estado na economia: ao se tornar excessiva, é como se o Estado estivesse moldando aquele mercado diretamente e de forma determinante, distorcendo a própria finalidade do fomento público.

Tal como a noção de competitividade, a não-lucratividade também se vincula à ideia de liberdade republicana como não-dominação, na medida em que seu consectário é a preferência *a priori* de pulverização da ajuda pública entre diversos atores, ao invés da sua concentração num grupo reservado de agentes. É patente, entretanto, que tal consideração irá variar à luz dos recursos públicos disponíveis, assim como da necessidade de ajuda para se tornar competitivo em determinado mercado ou para atingir o fim social almejado.

José Vicente dos Santos Mendonça propõe importante medida jurídica que, se explorada, pode gerar incentivos para que haja observância da não-lucratividade quando do planejamento do fomento: caso a fonte do lucro advenha do fomento público, há legitimidade para a Administração Pública pleitear o ressarcimento da parcela respectiva,

¹³⁴ Por outro lado, intensificam-se os vieses de órgãos coletivos, tais como a busca por consenso e certa pausterização argumentativa. Em todo caso, o *trade-off* se mostra legítimo não só por razões de eficiência, mas também de legitimidade democrática.

¹³⁵ O que deve ser evitado a todo custo, por refletir verdadeira burla à própria razão de ser de órgãos coletivos distintos, é a formação de órgãos diferentes com as mesmas pessoas. Trata-se, infelizmente, de postura muito adotada no cenário fluminense, como se verá adiante.

por se tratar de enriquecimento indevido do particular ante a ausência de causa legítima,¹³⁶ nos termos do artigo 884 do Código Civil.¹³⁷

Em seguida, o administrativista traz duas premissas de filosofia política basilares na sua interpretação da ordem econômica constitucional que, a seu ver, devem igualmente nortear o fomento público: o pragmatismo e a razão pública.

O primeiro vem na forma da eficiência no gasto com o fomento público, no sentido de que o beneficiário deve possuir condições para produzir o resultado esperado – neste sentido, se assemelha ao critério formal da competitividade. Outra faceta da eficiência se dirige ao planejamento e à escolha do setor fomentado – neste sentido, não poderia o ente público ajudar área já madura ou, ao revés, fadada ao fracasso¹³⁸; ademais, finalidades supérfluas e contrárias ao bem comum devem ser evitadas.

Esta última exigência pode ser reformulada em termos republicanos, na medida em que haveria um filtro material – ainda que amplo – daquilo que poderia ser fomentado com recursos da *res publica*.¹³⁹

Já a razão pública segue a lógica de uma regra material negativa: não se deve fomentar aquilo que não pode ser universalizável à luz da razão pública. Dito de outro modo, a razão pública não pode ser critério de inserção, mas de exclusão.

Aqui, cabe-nos fazer uma ressalva. Embora José Vicente Santos de Mendonça frise não se tratar da nova cara do “politicamente correto”¹⁴⁰, é de se ponderar se a razão

136 Cabe ressaltar aqui que tal tese é mais fácil de se aplicar em políticas de fomento bem desenhadas. Consideremos, por outro lado, os aportes robustos da política do BNDES de construção de campeões nacionais: neste caso, é até possível cogitar que a lucratividade tenha sido a intenção da política de fomento. Para uma leitura crítica do que foram os campeões nacionais, à luz das doações de campanha e do capitalismo de laços, ver: LAZZARINI, Sérgio; MUSACCHIO, Aldo. **O Leviatã nos negócios no Brasil: práticas passadas, mudanças futuras**. In: MELLO, Fernando; SELIGMAN, Milton. Op. Cit.

137 Art. 884 – Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

138 No caso, se configurados os requisitos para intervenção direta previstos no art. 173 da Constituição, bem como demonstrada a possibilidade de atendimento aos fins constitucionais mediante a intervenção direta, entendemos ser possível seu manejo pelo Estado.

139 A própria eficiência pragmática pode ser entendida como uma exigência republicana.

140 Mendonça destaca o compromisso da razão pública com a promoção de ambiente plural e aberto ao dissenso, de modo a não propiciar uma eficácia silenciadora do discurso.

pública, por demasiado ampla, não acaba servindo como cortina de fumaça, oferecendo uma gramática possível para impulsos autoritários.¹⁴¹¹⁴²

Sob uma ótica pragmática, é de se questionar a utilidade desse filtro material negativo à luz dos custos e benefícios que pode trazer – o consenso estável pode ser facilmente manipulado e há outros critérios que podem promover a filtragem desejada no fomento sem adotar explicitamente a razão pública.

Além disso, tendo em vista a grande variedade de ferramentas que pode ser utilizada pelo fomento público para promover, igualmente, os mais diversos fins constitucionalmente tutelados, o risco de a razão pública operar como válvula de escape argumentativa para abafar o pluralismo é real. De fato, não se trata de mera especulação acadêmica: a cultura e a expressão artística são setores amplamente dependentes do fomento, o que resulta num constante perigo de as narrativas contra-hegemônicas deixarem de angariar ajuda pública.¹⁴³¹⁴⁴

Por fim, Mendonça destaca dois critérios de desenho e planejamento do fomento: submeter o plano de fomento ao debate público e a compatibilidade entre os requisitos de acesso ao fomento e o direito fundamental que se pretende incentivar.¹⁴⁵ Na nossa visão, não são critérios *per se* sindicáveis judicialmente, tendo como premissa, apenas, o bom uso da técnica.¹⁴⁶

A submissão do plano de fomento ao debate decorre da ideia de dispersão e assimetria informacional do Poder Público e do setor que se pretende fomentar, bem como na necessidade de se ouvir o setor econômico como um todo, na medida em que mesmo os agentes não fomentados serão influenciados reflexamente pela ajuda pública.

141 Com traços de perfeccionismo moral tal como um humanismo cívico aristotélico.

142 Essa possibilidade não é banal: recentemente a ANCINE voltou atrás em incentivos concedidos à temática artística avessa à pauta de costumes do governo recém-eleito. Embora a razão pública não tenha sido usada como fundamento, há risco de que ela seja invocada em casos futuros como uma reinvenção da “razão de Estado”.

143 Neste sentido, o exemplo do requisito trazido por Mendonça - de que o beneficiário promova a “arte popular contemporânea de alta qualidade” - não passa pelo critério material de objetividade, não necessitando do uso da razão pública para ser afastado.

144 Dito de outra forma, a razão pública, na prática, pode acabar conferindo margem a discricionariedade – *rectius*. arbitrariedade – que os demais critérios pretendem excluir.

145 Há grande semelhança com o primeiro subprincípio da proporcionalidade: a adequação. Sobre o princípio da proporcionalidade, ver: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª Edição, Malheiros, 2010.

146 Além disso, servem para orientar a eficiência pragmática do gasto.

A burocratização do procedimento também não pode ser excessiva: algumas vezes o tempo político não se adéqua à realização de debates públicos. Em todo caso, a ampla publicidade e a transparência devem ser observadas em todas as etapas do fomento público.

No mais, é evidente que a abertura ao debate público pode ensejar captura por grupo de interesses bem articulados, intensificando a assimetria. Ao fim e ao cabo, caberá ao agente responsável por nortear o debate se pautar por espírito público e se valer das ferramentas institucionais para filtrar esses interesses.

Já a compatibilidade entre os requisitos de acesso ao fomento busca não só evitar restringir acesso àqueles que de fato necessitam da ajuda pública, mas também trazer exigências estritamente vinculadas à viabilização do fim público a contento. Com efeito, embora haja razoável receio – inclusive justificado à luz da ótica republicana – com a ausência de retorno esperado da ajuda pública pelo agente fomentado, o controle não deve ser relegado tão somente aos critérios de acesso.

Assim, todas as etapas do fomento devem ser escrutinizadas pelos órgãos de controle interno e externo, bem como pela sociedade como um todo, devendo seu descumprimento ensejar a revogação motivada do benefício. Não pode o gestor, sob o viés de inércia, estabelecer requisitos de acesso desarrazoados no ponto de partida tão somente em razão da dificuldade prática de se efetivar seu mister de diuturna fiscalização.

4 – A experiência do Estado do Rio de Janeiro na concessão dos incentivos fiscais à luz do critério formal da transparência

Feitas estas considerações a respeito dos cuidados e dos limites que uma teoria adequada do fomento público deve observar na sua aplicação prática, cabe-nos avançar ao estudo do fomento público fiscal realizado no Estado do Rio de Janeiro.

Preliminarmente, contudo, uma ressalva metodológica se faz prudente: tendo em vista termo-nos valido da obra de Mendonça como grande referencial crítico à literatura convencional do fomento, cumpre frisar que na sua teoria os incentivos fiscais são enquadrados em política econômica, em vez de serem classificados como ajuda pública.

Não é nossa proposta explorar essa categorização a fundo. É verdade que os benefícios fiscais se submetem a regras constitucionais específicas de observância à legalidade estrita, bem como a requisitos materiais da Lei nº 4.320/64 e procedimentais da Lei de Responsabilidade Fiscal, aos quais o fomento creditício não se subsume num primeiro momento.

Ocorre que, observadas estas diferenças, os benefícios fiscais se inserem na definição que trouxemos de fomento público e, também, a todos os limites e critérios que

exploramos anteriormente. Não por outra razão, a despeito de a questão ser controversa, a maior parte dos administrativistas enquadra os benefícios fiscais em fomento público, de modo que reputamos possível prosseguir no estudo de caso com essa mesma categorização.

Dito isto, a concessão dos benefícios fiscais no Estado do Rio de Janeiro sempre foram objeto de controvérsia. Por conta da recente e mais aguda crise financeira que o Estado presenciou, grandes narrativas monocromáticas com seus respectivos bodes expiatórios começaram a surgir na opinião pública e pautar a agenda dos órgãos de controle, muito embora crises desta monta surjam por questões multifatoriais, tanto estruturais quanto conjunturais.

Assim, a concessão de benefícios fiscais chegou à ordem do dia no final de 2016. Em auditoria governamental realizada pelo TCE/RJ, no âmbito do processo nº 108.773-3/16, que buscava realizar um cotejo entre os benefícios tributários de ICMS concedidos e os requisitos do artigo 14 da LRF, foi constatada, num primeiro momento, a ausência de planejamento na elaboração do incentivo fiscal – seu potencial impacto na renúncia de receita, os requisitos de enquadramento do beneficiário, dentre outros déficits –, a inexistência de fiscalização do cumprimento dos requisitos pelo beneficiário e a ausência de transparência em todo este processo.

Antes de avançar na resposta do Estado, cabe esclarecer que, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, 147 vigorava até meados de 2019 regra que dispunha que todos os benefícios fiscais de ICMS deveriam ser concedidos por Chefe do Poder Executivo e ter prazo determinado – art. 3º da Lei estadual nº 4.321/04.

Desta forma, o procedimento ideal e transparente de formulação de políticas públicas de incentivos fiscais seria por meio da instauração de processos administrativos específicos para cada setor econômico ou social que se buscasse fomentar, com ampla participação dos potenciais afetados, o qual culminaria na edição de Decreto com todos os requisitos estritamente necessários para consecução do fim almejado e com a previsão de benefícios projetados a médio prazo passíveis de revisão contínua – *v.g.* de dois em dois anos - a fim de calibrar a própria moldura do benefício fiscal – por meio da edição de novo Decreto ou de alteração daquele pré-existente.

Uma vez delineado o benefício fiscal, a Administração Pública emite Carta Consulta aos potenciais interessados na participação e, após processo seletivo objetivo e

147 Além disso, o recorte feito no presente artigo torna impraticável o exame do arcabouço normativo prévio para a concessão de benefícios fiscais de ICMS no âmbito dos Estados – *i.e.* autorização do CONFAZ por unanimidade –, bem como o não menos importante contexto de “guerra fiscal”. A questão será abordada incidentalmente ao tratarmos dos argumentos do Estado do Rio de Janeiro para a concessão dos benefícios.

imparcial, no qual se avaliaria o potencial do beneficiário de cumprir as metas traçadas pela política do incentivo respectivo, o órgão colegiado do Estado deferiria o enquadramento aos que se encaixarem no perfil. Neste ponto, a fase de fiscalização se inicia no âmbito dos processos relativos aos pedidos individuais deferidos, por meio dos quais os órgãos competentes da Administração Pública devem acompanhar a manutenção das condições de enquadramento, bem como as metas traçadas *vis-à-vis* o exercício da atividade econômica.

Pois bem, a auditoria do TCE verificou ausência de transparência nas atas dos órgãos colegiados responsáveis por deferirem os pedidos de enquadramento, além de não haver sequer estudo quanto ao potencial impacto da vinda da empresa respectiva ao território fluminense, tendo sido tão somente avaliadas as suas credenciais por meio de relatório unilateral de empresa a respeito de quantos empregos geraria uma vez em atividade.¹⁴⁸ Ademais, alguns processos eram imediatamente arquivados após a concessão do benefício, o que gera fortes indícios de que não houve fiscalização efetiva.

A nosso ver, o cenário relatado na auditoria do TCE retrata inegáveis problemas de coordenação entre órgãos da Administração Pública: à primeira vista, a integração de órgãos da CODIN,¹⁴⁹ da então SEDEIS e da SEFAZ poderia colmatar miopias institucionais, mas o resultado, possivelmente oriundo de fricções no livre trânsito informacional, é uma regulação ineficiente e surda. À época, no tocante à transparência, o TCE elaborou as seguintes determinações à CODIN no que tange a sua esfera de atribuição:

2. Proceda, quando da análise de processos de concessão de benefícios fiscais, obrigatoriamente, à verificação dos pontos abaixo, assinalando as manifestações dos representantes dos órgãos competentes para tratar de cada questão, reduzindo-as a termo nas respectivas Atas de Reunião (Achado de Auditoria 5):

¹⁴⁸ Destaco, aqui, trecho do voto "Depreende-se das Atas de Reunião da Comissão Permanente de Políticas para o Desenvolvimento Econômico (CPPDE) do período que, em diversas oportunidades, a análise para a concessão dos benefícios não adentrou questões relevantes, como o impacto que a vinda de determinada empresa pode causar na economia da região. (...) O Relatório de Auditoria é enfático ao afirmar que as Atas de Reunião em que são discutidos e decididos assuntos de extrema relevância e impacto direto nas finanças estaduais deveriam ser mais transparentes, apresentando o teor de toda a discussão que antecede o deferimento e/ou indeferimento dos pedidos. Segundo o Corpo Técnico, trata-se, em última análise, da aplicação do princípio da motivação dos atos administrativos. Neste sentido, torna-se imperiosa a adoção de medidas que garantam a transparência das decisões adotadas, razão pela qual acolho o encaminhamento sugerido pelo Corpo Instrutivo (...)".

¹⁴⁹ Há divisão funcional, alguns pedidos de enquadramento em benefícios fiscais eram submetidos ao monitoramento da CODIN – *v.g* o setor de joias - e outros da SEFAZ.

- a) Impacto econômico decorrente da concessão do benefício (investimentos previstos, cenário macroeconômico, aumento esperado de arrecadação, outros);
- b) Quantidade de empresas que atuam no setor beneficiado, apontando as consequências do benefício para a livre concorrência, em especial no que se refere às empresas de menor porte;
- c) Impacto social decorrente da concessão do benefício (quantidade de novos empregos, qualificação de mão de obra, outros);
- d) Impacto ambiental decorrente da atração de novas empresas para atuarem no local.

Ademais, formulou os seguintes quesitos ao então Governador do Estado:

1. Encaminhe, doravante, todo processo administrativo que trate de concessão de benefícios fiscais para realização de estudo de impacto orçamentário-financeiro pela atual Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento (Achado de Auditoria 1);
2. Promova a revisão, mediante Decreto, de todos os benefícios concedidos que não tenham observado o disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal no que tange à mensuração do impacto orçamentário-financeiro e à previsão de medidas de compensação (Achado de Auditoria 1);
- (...) 4. Estabeleça procedimento estruturado e sistemático de controle de concessão e acompanhamento dos benefícios fiscais, definindo claramente as atribuições de cada um dos órgãos envolvidos, de maneira que os requisitos de fruição e as contrapartidas previstos na legislação sejam avaliados no momento do enquadramento e periodicamente, enquanto perdurar o benefício (Achado de Auditoria 3);
- (...) 6. Promova a revisão dos demais benefícios fiscais concedidos, a fim de identificar a real motivação para o tratamento diferenciado e reunir elementos que comprovem as alegações das empresas beneficiadas, especialmente quando alicerçadas na realização de concorrência predatória (guerra fiscal), com vistas a (Achado de Auditoria 4):

a) Cancelar os benefícios cuja motivação explicitada não tenha sido comprovada (por exemplo, o lucro da empresa não ter diminuído no período alegado);

(...) 7. Estabeleça critérios objetivos de análise para fins de concessão de benefícios fiscais, de maneira que as seguintes questões básicas, transcritas do Relatório de Auditoria, sejam claramente respondidas (Achado 4):

(...) f) O benefício fiscal é simples, transparente e administrável?

Os contribuintes compreendem o funcionamento do benefício fiscal? Um efeito potencial do aumento do custo de conformidade (obrigações de caráter formal a serem observadas pelo contribuinte) é a redução no total de interessados no benefício.

Quais os custos envolvidos para o Estado e terceiros na administração do benefício fiscal?

g) Alguma alternativa ao benefício fiscal atingiria de modo mais efetivo a meta almejada?

Outro modelo de benefício é preferível?

O gasto direto ou outra política não fiscal é preferível à concessão do benefício?

Como se percebe, na melhor das hipóteses, o Estado do Rio de Janeiro não vem dando transparência e publicidade ao planejamento dos seus benefícios fiscais, nem à sua respectiva fiscalização. Em resposta ao voto, o então Governador do Estado se limitou a traçar considerações a respeito do Sistema de Governança dos Incentivos Fiscais e Transparência - SISGFT, instituído pelo Decreto estadual nº 45.976/17, o qual supostamente realizaria revisão de todos os benefícios instituídos a partir do critério de aferição de impacto econômico e social, tudo isso observando a máxima transparência e publicidade.¹⁵⁰

Na sequência, em auditoria extraordinária realizada em 13 de fevereiro de 2019, o TCE/RJ se debruçou sobre as informações prestadas pelo Estado do Rio de Janeiro e

¹⁵⁰ Houve, também, resposta quanto à convalidação de benefícios anteriormente concedidos sem a autorização do CONFAZ, na forma regulamentada pelo Convênio ICMS nº 190/17 e pela Lei Complementar nº 160/17. Como dito anteriormente, o exame dos requisitos formais específicos dos benefícios de ICMS escapa a alçada do presente trabalho.

lançou mais questões a respeito da falta de transparência do ente público, mormente na necessidade de que as atas de reunião da CPPDE, criada pelo Decreto estadual nº 34.784/04, façam constar análise pormenorizada do impacto da concessão de benefício fiscal; na ausência de demonstração até o momento dos resultados efetivos do SISGFT; e na imperatividade de que seja aperfeiçoado o formulário da Carta Consulta, de modo a subsidiar o critério de escolha do beneficiário.¹⁵¹

Cabe ressaltar que, na mesma linha do TCE/RJ, veio a decisão liminar proferida nos autos da ação civil pública nº 0334903.24.2016.8.19.0001, ajuizada pelo Ministério Público do Estado,¹⁵² que determinou encaminhamento de todos os processos administrativos de concessão de benefício fiscal, além da realização de estudo de impacto orçamentário-financeiro. Cumpre transcrever trecho do julgado alusivo ao requisito da transparência:

Entretanto, tal instrumento de dirigismo econômico não pode ser livremente manejado pelos Poderes Executivo e Legislativo, até porque a renúncia de receita, em face do ônus que acarreta ao ente federativo, não difere em essência da despesa pública. Foi RICARDO LOBO TORRES quem primeiro abordou, entre nós, o conceito de “gasto tributário”, cunhado pela doutrina fiscal norteamericana (“tax expenditure”).

(...) E como “gastos públicos”, as diversas formas de renúncia de receita encontram disciplina e limites na Constituição e nas leis, seja como uma espécie de reação à potencialização da estratégia de concessão de incentivos pelos Estados nas últimas décadas – o que ficou conhecido como “guerra fiscal” –, seja em função da imperiosa necessidade de dotar os mecanismos de concessão de incentivos fiscais de instrumentos de transparência e accountability, de modo a obstar a distribuição indiscriminada e atrabiliária de benefícios fiscais.

Na primeira vertente, exsurge fundamental a conjugação do disposto nos artigos 150, § 6º e 155, § 2º, XII, g da CRFB com a disciplina da

¹⁵¹ Frisa-se, aqui, importante determinação do TCE/RJ que denota uma tentativa de coordenação entre órgãos de controle: em face da propositura da ação civil pública movida pelo MPE com objeto análogo ao da auditoria, o *Parquet* estadual foi oficiado para tomar ciência da decisão da Corte de Contas.

¹⁵² O Ministério Público do Estado, por meio do Grupo de Atuação Especializada em Combate à Sonegação Fiscal e aos Ilícitos contra a Ordem Tributária – GAESF/MPRJ, instaura inquéritos para apurar a concessão individuais de benefícios fiscais, tendo movido alguns Mandados de Segurança em caso de negativa ou inércia do Poder Executivo em fornecer as informações pertinentes. A ação civil pública em comento possui a peculiaridade de ter por objeto todos os benefícios fiscais concedidos pelo Estado, sob uma ótica republicana de moralidade e eficiência pragmática do gasto.

Lei Complementar nº 24/1975, a exigir a prévia aprovação de um convênio entre os Estados como única forma regular de concessão de incentivos fiscais relativos ao ICMS.

No tocante aos instrumentos de transparência e accountability, merece especial destaque a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000). Tal diploma legal, não exatamente com o objetivo de impedir a concessão dos incentivos, mas com o salutar propósito de dotá-los de maior racionalidade e transparência, passou a estabelecer uma série de requisitos para que os entes federados pudessem abdicar de receitas mediante incentivos fiscais.

O processo em questão ainda não chegou à fase de sentença, tendo sido a liminar reformada em sede de agravo tão somente no que diz respeito à determinação de suspensão de concessão de novos incentivos fiscais até a apresentação dos estudos técnicos supramencionados, além de ter consignado que esses estudos poderão ser feitos mediante perícia judicial, visto se tratar de medida imparcial *vis-à-vis* a unilateralidade de eventuais laudos apresentados pela Secretaria de Estado de Fazenda.¹⁵³

Por sua vez, o Estado do Rio de Janeiro desde sua adesão ao Regime de Recuperação Fiscal, disciplinado pela Lei Complementar nº 159/17, se encontra não só limitado à concessão de novos benefícios, por força das vedações do art. 8º daquele diploma normativo, mas também teve que submeter ao Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal um Plano de Recuperação Fiscal no qual, dentre outras coisas, consta meta de redução de benefícios fiscais.

Neste ponto, cabe destacar que o Anexo 18 do Plano de Recuperação Fiscal, o qual diz respeito exatamente ao impacto da redução de incentivo fiscais, encontra-se inteiramente coberto de sigilo, o que dificulta o controle social do cumprimento das metas do Plano de Recuperação Fiscal e vai de encontro às decisões do TCE/RJ e do Poder Judiciário.

A justificativa para o sigilo vem no sentido de afirmar que a disponibilização das informações poderia impactar o sucesso no Plano de Recuperação Fiscal.¹⁵⁴ Embora

153 Confira-se trecho do acórdão que denota a centralidade da transparência e do republicanismo na ação civil pública: "O que se busca com a propositura da ação é se aferir a transparência e legalidade de benefícios fiscais, pois nem mesmo o próprio agravante parece conhecer quais as empresas são beneficiárias e de que forma foram concedidas as isenções. Dessa forma, não há como saber quais seriam as demais empresas que supostamente estariam sendo prejudicadas pela política estatal de concessão de benefícios".

154 A fundamentação é excessivamente lacônica e afirma tão somente que "a divulgação prévia das informações contidas nesta nota técnica poderá impactar o andamento dos procedimentos administrativos e legais necessários a sua implementação", sendo, pois, contrária ao paradigma da publicidade.

questionável, na medida em que outros dados não foram classificados como reservados, pode ser que realmente haja informações cobertas pelo sigilo constitucional ou legal. Neste caso, dever-se-ia segregar referidas informações das demais publicizáveis, sob pena de cancelar a regra do sigilo, o que é incompatível com o princípio republicano.

Nada obstante, a ausência de transparência persiste inclusive para o órgão responsável por efetuar o controle do cumprimento do Plano de Recuperação Fiscal. Com efeito, o CSRRF, em seus relatórios mensais, frisa reiteradamente a dificuldade de obtenção de informações acerca do cumprimento da meta redução de incentivos fiscais. Eis, por todos, trecho do relatório do mês de julho de 2019:

Cumprir ressaltar que não foi informado a este Conselho o impacto da medida do Anexo 18 de Revisão de Incentivos Fiscais referente ao mês de dezembro/2018, o que prejudica a análise da evolução do impacto desta medida. No mês de julho foi enviada nova metodologia que altera valores anteriores da medida de Revisão de Incentivos Fiscais, o que somente será considerado após sua análise pelo Conselho.

(...) 1.Revisão dos Incentivos Fiscais (Anexo 18 do PRF-RJ RESERVADO) Descrição: Redução dos incentivos fiscais.

Histórico: Medida de caráter estruturante elaborada a partir de estudo conjunto realizado pelas então Secretarias de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico e de Fazenda e Planejamento por meio do qual se avaliaram os incentivos fiscais passíveis de serem alterados. Após a aprovação da medida, foi constituído Grupo de Trabalho, encarregado do seu acompanhamento, por meio da Resolução Conjunta SEFAZ/Casa Civil nº 35, de 7/12/2017. Em 28/12/2017, foram publicados os Decretos Estaduais nº 46.207 e nº 46.208, que revogaram e alteraram isenções concedidas, com efeitos financeiros a contar de 1/1/2018. Observa-se que para a estimativa realizada no Anexo18 do PRF foram utilizados os valores obtidos segundo o regime de competência. Em outubro/2018 foi recebida resposta ao Ofício SEI nº 32/2018/CSRRF-MF, que não abordou a questão levantada pelo CSRRF sobre a identificação, pelo grupo de trabalho, de medidas que não foram executadas, e que geraram necessidade de compensação no montante de R\$ 341 milhões. Embora os relatórios dos meses de dezembro de 2018 e janeiro de 2019 não tenham sido enviados para acompanhamento do CSRRF, foi possível inferir o valor correspondente a janeiro/2019 (R\$ 337,89 milhões), com base no valor acumulado no ano de 2019, apresentado

no relatório referente ao mês de fevereiro/2019. Em 3/5/2019, foi publicada a Resolução Conjunta SEFAZ/SECCG nº 20, que fixou nova composição do grupo de trabalho para execução e acompanhamento das metas estabelecidas no Anexo 18. O grupo tem representantes da SEFAZ, SECCG, CODIN e SEDEGER.

Previsão de Impacto: A medida foi planejada para ter impacto anual de R\$ 1,005 bilhão no exercício de 2018, R\$ 1,34 bilhão em 2019 e R\$ 1,34 bilhão em 2020

Realizado no mês: O valor realizado no mês de julho foi de R\$ 138,11 milhões, totalizando R\$ 2,69 bilhões acumulados desde o início de vigência do PRF-RJ. A área responsável alertou ao CSRRF que a metodologia de cálculo foi revista e que os valores realizados anteriores sofrerão significativa alteração. O CSRRF analisará a nova metodologia para se entender necessário corrigir os valores.

Apreciação: O Conselho recebeu o Ofício GG nº 236/2019, de 26/6/2019, com a proposta de Revisão do Plano de Recuperação Fiscal do Estado, do qual consta proposta de revisão dessa medida, que se encontra em análise.

Por outro lado, o Estado do Rio de Janeiro se manifestou logo no início da auditoria do TCE/RJ e da ação civil pública supramencionada - ambas instauradas em 2016 - por meio de Relatório elaborado pela Comissão Mista do Sis-GIFT em dezembro de 2016. As justificativas técnicas lá apresentadas para a concessão dos incentivos fiscais foram reproduzidas no âmbito da auditoria e do processo judicial.

Em apertada síntese, a Comissão alega inevitabilidade da concessão de benefícios de ICMS em virtude da malfadada "guerra fiscal", a qual supostamente justificaria em certa medida até alguma falta de transparência como estratégia de competitividade em face de outros entes federativos, embora afirme que o Estado do Rio de Janeiro "tem buscado formas de modificar essa cultura, aprimorando os mecanismos de governança".

De acordo com a Comissão, a alegação dos órgãos de controle de que o Estado deixou de arrecadar montante elevado de recursos com os incentivos fiscais seria uma falácia na medida em que, caso não fosse oferecido o benefício, a empresa se instalaria em outro Estado, havendo sequer receita arrecadada de ICMS. Além disso, a oferta de empregos no Estado do Rio de Janeiro se reduziria, o que conseqüentemente geraria uma queda no consumo, causando um efeito cascata de redução de receita para o ente federativo.

Embora a narrativa faça sentido em alguma proporção, a realidade é sempre mais complexa. Não se nega que o ambiente federativo estratégico desenhado pela Constituição de 1988 incentive posturas concessivas de benefícios fiscais com o intuito de atrair empresas.¹⁵⁵ Ocorre que isso não diz nada a respeito de quais setores serão privilegiados e quais empresas serão selecionadas mediante determinados critérios. Ao revés, os vetores norteadores da concessão de benefícios aludidos pela Comissão – “atração de investimentos; incremento da competitividade e defesa do ambiente econômico interno; regularização de atividades e redução das desigualdades regionais” – são genéricos ao ponto de poderem orientar qualquer política de fomento de sucesso, mas não possuindo uma correlação direta entre os incentivos de fato concedidos e os setores priorizados.¹⁵⁶

A Comissão traz dados a respeito da redução de desigualdades regionais implementada pela concessão de benefícios, bem como de determinados setores que se aprimoraram – *v.g* siderúrgico, informática, farmacêutico, têxtil, dentre outros -, mas cabe frisar que esses dados vieram a público por conta da pressão dos órgãos de controle, não havendo que se falar na hipótese em transparência ativa por parte do Estado. Com efeito, pode-se dizer que a publicidade, *in casu*, se deu *a posteriori*, ao invés de ser efetivada a cada etapa do processo de concessão de fomento público.

Ademais, a Comissão afirma que os benefícios fiscais constam na Lei Orçamentária Anual, o que supostamente denotaria o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal e compromisso com a transparência. Quanto ao ponto, frisa-se que não se trata, propriamente, de transparência, mas sim de observância aos princípios da universalidade e do orçamento-bruto que regem a LOA: toda receita e despesa do ente federativo deve constar neste diploma normativo.

No mais, apesar de a Comissão afirmar que há fiscalização dos órgãos da SEFAZ e da SEDEIS, a assertiva destoa dos achados da auditoria do TCE/RJ e da ação civil pública em curso, de modo que se trata, no mínimo, de questão controversa.

Desde então, e ressalvada a questão do sigilo do Anexo 18 do Plano de Recuperação Fiscal, o Estado do Rio de Janeiro vem caminhando no sentido de buscar uma governança mais transparente. Neste sentido, veio a Lei estadual nº 8.445/19, que confere

¹⁵⁵ Para uma densa análise institucionalista da Constituição econômica, ver: COOTER, Robert. **The Strategic Constitution**. Princeton University Press, 2000.

¹⁵⁶ Por exemplo, não há como extrair das diretivas acima elencadas a polêmica priorização do setor de joalheria, tal como foi adotado nos últimos anos pelo Estado. Em contraponto, a Comissão alega que a alta portabilidade e o risco elevado de evasão fiscal justificam a concessão de incentivos ao setor.

à SEFAZ¹⁵⁷ competência exclusiva de fiscalizar os benefícios fiscais e – mais importante – impõe a elaboração de relatório metas fiscais anuais de desempenho, devendo encaminhá-lo ao TCE/RJ e à Comissão de Tributação da ALERJ. Demais disso, há importante obrigação ao Poder Executivo de manter portal de transparência aberto à consulta da sociedade com informações a respeito dos incentivos concedidos e das empresas beneficiadas, salvo aquelas acobertadas pelo sigilo fiscal.¹⁵⁸

No mais, ressalte-se que os relatórios de metas fiscais tratam tão somente da etapa posterior à fixação da política de fomento que o Estado pretende adotar, não cobrindo, portanto, o período anterior de planejamento, ao qual deve ser conferida igual publicidade e oportunização de participação democrática.

Esta nova repartição de competências trazida pela Lei estadual nº 8.445/19 gera razões para otimismo, mas com ressalvas: como se percebe do histórico retratado pela auditoria do TCE/RJ e pela ação civil pública, há verdadeiro caos institucional no âmbito do Poder Executivo,¹⁵⁹ havendo vários diplomas normativos e órgãos com atribuição de monitoramento, e nenhum que de fato os exerça.¹⁶⁰ Trata-se, em síntese, de uma mistura de conflitos negativos e positivos de competência, em que vigora a assimetria informacional e a falta de compromisso com a eficiência pragmática do gasto público.

Assim, só o tempo dirá se esta simplificação e centralização na SEFAZ trará melhor governança na concessão de incentivos fiscais no Estado do Rio de Janeiro: para além de boas Leis, há que se ter verdadeira “vontade de fomento” pelo gestor público no seu cumprimento e planejamento.

5 – Notas conclusivas

O presente artigo buscou trazer o estado da arte da dogmática do fomento público no Brasil, o qual, embora enaltecido diante de alternativas mais intervencionistas, não conta com a teorização adequada. Aliás, por demais abrangente, a dogmática do

157 Contudo, a SEFAZ pode solicitar apoio de qualquer outro órgão do Poder Executivo – em especial a CODIN e a AGERIO - para fins de cumprimento de sua atribuição de fiscalização, nos termos do art. 3º, §1º daquele diploma normativo.

158 Aliás, é de se consignar que esta postura, prevista no art. 6º, deveria ter sido adotada pelo Poder Executivo na divulgação das informações do Anexo 18 do Plano de Recuperação Fiscal.

159 Neste sentido, é sintomático que, no acórdão que cassou a liminar da ação civil pública, o relator afirmou que nem o próprio Governador tem ciência de todos os benefícios fiscais (v. nota 60 *supra*).

160 A CAF – Comissão de Avaliação Fiscal -, prevista no art. 7º, em muito se assemelha à COPOF – Comissão de Planejamento Orçamentário e Financeiro, instituída pelo Decreto estadual nº 45.108/15, tanto em termos de atribuição quanto de composição. Assim, deve-se ter especial atenção para não haver meramente mudança de fachada, sem resultados positivos efetivos de governança.

fomento público não se mostra capaz de orientar os problemas do dia a dia da gestão pública.

Após destacar a correlação entre uma boa cultura de fomento público e o seu adequado manejo na prática, elencamos alguns elementos socioculturais brasileiros que podem desvirtuar o fomento de sua finalidade democrática – a permeabilidade da captura regulatória, o patrimonialismo e o capitalismo de laços se revelaram conceitos centrais nesta etapa.

Na sequência, procuramos desenvolver uma releitura da ajuda pública com esteio, principalmente, na obra de José Vicente dos Santos Mendonça, que traça diversos limites formais, materiais e procedimentais.

Por fim, fizemos um estudo de caso que se tornou emblemático na opinião pública recentemente: a concessão de incentivos fiscais de ICMS no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. A enorme complexidade que envolve a questão nos obrigou a focar um aspecto específico: a ausência de transparência, que corrói a possibilidade de controle social das políticas públicas de fomento.

Com isso, esperamos ter lançado luzes para o papel que a incorporação de uma leitura crítica do fomento público na dogmática tradicional pode exercer na governança concreta.

Em tempos nos quais muito se fala de crise democrática, transformar a concessão de ajudas públicas em ferramenta republicana e aberta da qual todos podem participar em condições de igualdade, embora não figure nem de longe como a panaceia de todos os problemas, certamente tem uma função a cumprir na maior identificação do cidadão com a *res publica*.¹⁶¹

6 - Referências

ACKERMAN, Bruce; ALSTOTT, Anne; PARIJS, Philippe van. **Redesigning Distribution: basic income and stakeholder grants as cornerstones for an egalitarian capitalism**. Verso, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

¹⁶¹ Sobre o papel integrativo das coisas públicas – nas quais se insere o fomento – na constituição do sujeito democrático, pautado nas lições de Arendt e Winnicott, ver: HONIG, Bonnie. **Public Things: democracy in disrepair**. Fordham University Press, 2017.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice**. Oxford University Press. Second Edition, 2012. pp. 15-25.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª Edição, Malheiros, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. **In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Edição nº 35, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa**. 2ª edição, Fórum: 2017.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. Fórum. 2ª edição, 2017.

BRANDEIS, Louis. **Other people's Money and how the bankers use it**. New York Publishers, 1914.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. Editora Saraiva, 2ª edição, 2011.

CARPENTER, Daniel; MOSS, David (Ed.). **Preventing Regulatory Capture: Special Interest influence and how to limit it**. Cambridge University Press, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25ª Edição. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

COOTER, Robert. **The Strategic Constitution**. Princeton University Press, 2000.

COUTINHO, Diogo R. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. Editora Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª Edição. Forense, 2018.

FARBER, Daniel; FRICKEY, Philip. **Law and Public Choice: a critical introduction**. University of Chicago Press, 1991.

FORST, Rainer. **The right to justification: elements of a constructivist theory of justice**. Columbia University Press, 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª Edição. Fórum, 2016.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

HONIG, Bonnie. **Public Things: democracy in disrepair**. Fordham University Press, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2016.

LAZZARINI, Sérgio. **Capitalismo de Laços: os donos do Brasil e suas conexões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LAZZARINI, Sergio; MUSACCHIO, Aldo. **Reinventando o capitalismo de Estado: o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países**. 1ª Edição – São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.

MELLO, Fernando; SELIGMAN, Milton. **Lobby desvendado: democracia, políticas públicas e corrupção no Brasil Contemporâneo**. 1ª Edição. Editora Record, 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2ª Edição, Fórum, 2018.

MICHELMAN, Frank. **Law's Republic**. Yale Law Journal, 1998.

MINOW, Martha. **Partners, not Rivals: Privatization and the public good**. Beacon Press, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª Edição, Editora Forense, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª edição, revista, atualizada e ampliada – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PETTIT, Phillip. **Republicanism: a Theory of Freedom and Government**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

RAHMAN, Sabeel. **Democracy against Domination**. New York: Oxford University Press, 2017.

SARMENTO, Daniel. **República, inclusão e constitucionalismo: Escritos Constitucionais**. Lumen Juris, 2018.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. Companhia das Letras, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª Edição, Malheiros, 2010.

STANLEY, Jason. **How fascism works: the politics of us and them**. Random House, New York. 2018.

STEARNS, Maxwell; ZYWICKI, Todd. **Public Choice concepts and applications in law**. West Academic Publishing, 2009.

STIGLER, George. Theory of Economic Regulation. In: **Bell Journal of Economics**, 1971.

SUNSTEIN, Cass. **Beyond the Republican Revival**. University of Chicago Law School, 1988.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Renovar, 2001.

TRAVASSOS, Marcelo Zenni. O Estado subsidiário regulador e de fomento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: **Revista: CCCSS Contribuciones a la Ciencias Sociales**, 2015.

MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL NA ERA DO ATIVISMO JUDICIAL: EFEITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

PEDRO HENRIQUE CARVALHO SOUTO:

Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES

RESUMO: Este trabalho tematiza sobre o ativismo judicial e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, pretende-se discutir os efeitos que a mutação constitucional, em conjunto com uma postura ativista do Judiciário, pode exercer sobre a interpretação e a aplicabilidade de normas presentes na Constituição Federal de 1988. Embora esteja superada a ideia de um positivismo que separa o Direito do mundo fático, é possível atestar, diante discussões apresentadas neste estudo, que a visão cautelosa sobre a abrangência e eventuais perigos do uso de mutações constitucionais, sobretudo em tempos de ativismo, é bem motivada. Se por um lado houve progressos evidentes, há casos controversos que merecem críticas e acompanhamento minucioso, a fim de que sejam respeitados os critérios devidos. Em um contexto de polaridade ideológica, em que a disputa de narrativas dita o tom de políticas públicas, discursos midiáticos e defesa de direitos, conclui-se que a prática ativista do Poder Judiciário ameaça a consolidação e o amadurecimento da democracia no país.

Palavras-Chave: Ativismo judicial. Mutação constitucional. Judiciário.

ABSTRACT: This study focuses on judicial activism and its effects on the Brazilian legal system. Through a bibliographic search, it is intended to analyze the effects that the constitutional mutation, together with an activist stance of the Judiciary, can have on the interpretation and applicability of norms present in the Federal Constitution of 1988. Despite the idea of a positivism that separates law from the factual world, it is possible to attest, in view of the discussions presented in this study, that the cautious view on the scope and possible dangers of the use of constitutional mutations has grounds, especially in times of activism. If, on the one hand, there has been some progress, there are controversial cases that deserve criticism and thorough monitoring in order to ensure that due criteria are respected. In a context of ideological polarity, in which the dispute over narratives sets the tone for public policies, media discourses and defense of rights, it is reckoned that the activist practice of the Judiciary threatens our democratic institutions.

Key words: Judicial activism; constitutional mutation; judiciary.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2 Reforma informal da constituição; 2.1 Mutação constitucional; 2.2 Limites do poder constituinte difuso; 2.3 Perspectivas do Supremo Tribunal Federal. 3. Ativismo judicial e mutação constitucional; 3.1 Mutação e ativismo; 3.2 Análise da reclamação nº 4.335/AC. 4 Considerações finais. 5 Referências

INTRODUÇÃO

O presente estudo tematiza sobre os efeitos da mutação constitucional desencadeada pelo ativismo judicial no ordenamento jurídico brasileiro. Propõe-se, então, com este artigo, responder à seguinte questão: Qual a repercussão da mutação constitucional para a segurança jurídica? Mutações constitucionais equilibradas podem ampliar a efetividade de direitos, desde que haja legitimidade, isto é, respeito às instituições democráticas e ao Constituinte originário. Por outro lado, quando as narrativas ideológicas e a realidade subjetiva são valorizadas em detrimento dos limites principiológicos e semióticos na interpretação constitucional, tem-se uma mutação perigosa e capaz de provocar insegurança e instabilidade jurídica.

A enunciada relação dos fenômenos jurídicos se evidencia na medida em que uma postura mais ativa e intensa do Judiciário na interpretação da Constituição favorece eventuais inovações semânticas em suas normas. Embora tais conceitos possam por vezes servir para um Direito mais dinâmico e menos arcaico, há ressalvas sobre suas repercussões no meio jurídico. Doutrinariamente, diz-se que a mutação constitucional exaustiva pode representar a degradação do texto da legislação e desrespeito aos seus preceitos – especialmente em lugares em que há mais apreço ao positivismo –, ao passo que o ativismo é visto por muitos como uma atitude intervencionista e antidemocrática do Judiciário, que causa excesso em suas atribuições e deprecia a função dos outros Poderes, mormente o Legislativo.

O objetivo principal deste trabalho é discutir os efeitos que a mutação constitucional, em conjunto com uma postura ativista do Judiciário, pode exercer sobre a interpretação e a aplicabilidade de normas presentes na Constituição Federal de 1988. Pretende-se também examinar as diferentes concepções a respeito da mutação constitucional apresentadas por ministros do Supremo Tribunal Federal, a fim de se averiguar possível dissonância entre os ministros da Corte.

Ademais, busca-se, aqui, especificamente, uma análise mais minuciosa sobre a Reclamação nº 4335/AC, cujo julgamento é essencial para a compreensão a respeito da forma com que a tese da mutação constitucional é aplicada pelo Pretório Excelso. O argumento de suposta mutação constitucional no artigo 25, inciso X, da Constituição

Federal de 1988 (CRFB/1988) traz à discussão um receio sobre os limites do fenômeno jurídico em estudo e potenciais riscos de seu uso desenfreado em um momento de ativismo judicial constante.

Para tanto, será realizada uma pesquisa bibliográfica, na qual se fundamentará em livros, artigos, revistas, publicações e documentos oficiais, concernentes ao tema tratado.

2 REFORMA INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO

2.1.MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição é compreendida como o fundamento de ordenamento jurídico de um Estado, sendo indispensável que sua estabilidade seja respeitada, visto que modificações sem real necessidade ou sistematização podem provocar insegurança político-jurídica.

O conceito de Constituição é elaborado a partir de dois aspectos: o formal e o material. Por sentido material, define-se o conjunto de normas referentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício de autoridade, à forma de governo e aos direitos individuais e sociais da pessoa humana (BONAVIDES, 2012). Já o sentido formal descreve a Constituição como o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas hierarquicamente superiores do Estado, elaboradas por um processo constituinte específico, seja originário ou de reforma (BRANCO, 2012).

Historicamente, o Direito Constitucional sofreu mudanças significativas após a Segunda Guerra Mundial. A partir da superação dos regimes nazistas, notou-se que era necessário elaborar normas de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão ante a possíveis abusos do Estado (DWORKIN, 2002) ou em decorrência de quaisquer mecanismos de jurisdição constitucional (ANDRADE, 2003). Neste sentido, ampliou-se a relevância política do Poder Judiciário, que passou a tratar mais frequentemente de temas polêmicos e relevantes para a sociedade.

A forma estrutural de uma Constituição e as correntes de constitucionalismo presentes em determinado país possuem relação direta com o eventual favorecimento à ocorrência de mudanças. Há, assim, uma busca por uma sintonia entre as normas constitucionais originárias e a atualização da realidade fática. Para Alves,

Se a constituição é o retrato da manifestação do poder constituinte originário de um determinado tempo, é natural que a constante necessidade de evolução ocasione uma tensão entre este pré-

compromisso original e as novas aspirações sociais. O sucesso de uma constituição é, em grande parte, o sucesso do seu modelo de abertura em relação às mudanças. O governo estável e brando que se aspira com o constitucionalismo não subsiste onde não pode haver mudança ou onde ela seja fácil ou rápida demais. (ALVES, 2016, p. 196).

Dessa forma, deve-se observar os caminhos para a realização das alterações pretendidas. No que se refere aos mecanismos de reforma constitucional, há em suma duas vias de realizá-la, quais sejam, a formal e a informal. Aquela, conforme exposto no tópico anterior, ocorre através de Emendas Constitucionais. Em contrapartida, o caminho informal é feito via mutação constitucional.

De acordo com Bulos (1996), a mutação constitucional equivale à mudança de normas sem revisões ou emendas, sendo atribuídos novos sentidos às palavras do constituinte através da interpretação, da construção, ou ainda dos usos e costumes constitucionais. Ao tratar da origem histórica do termo, Flávio Martins (2020, p. 471) afirma que esta “[...] foi cunhada, em 1895, por Paul Laband, em sua obra *Mutações na Constituição do Reich Alemão*, ao analisar as mudanças empreendidas na Constituição do Reich alemão de 1871.”. O primeiro a se referir ao fenômeno como forma de poder difuso foi Georges Burdeau, devido à possibilidade de ser feito por qualquer intérprete da Constituição (MARTINS, 2020, p. 471).

José Afonso da Silva (2013, *apud* MARTINS, 2020) complementa a conceituação:

Mutações constitucionais são mudanças não formais que se operam no correr da história de uma Constituição, sem alterar o enunciado formal, sem mudar a letra do texto. Segundo a doutrina tradicional, isso se dá por força da modificação das tradições, da adequação político-social, dos costumes, de alteração empírica e sociológica, pela interpretação e pelo ordenamento de estatutos que afetam a estrutura orgânica do Estado” (MARTINS, 2020, p. 471)

Na trilha da citada menção à estrutura estatal, giza ressaltar que a estabilidade e a eficácia da Constituição são elementos indispensáveis ao equilíbrio e à consolidação do Estado Democrático de Direito. No esteio do texto constitucional “[...] encontramos a autoconsciência de um povo, assentado em uma base territorial definida, e submetido a um governo soberano, numa determinada época histórica, sujeita a fatores sociais cambiantes” (BULOS, 1996, p. 42).

Contudo, em que pese a vocação de permanência das normas constitucionais, sua firmeza não significa que a aplicação deva ser estanque e imutável – já que a Constituição é um organismo vivo, ligado às demandas modernas da sociedade. A esse respeito, Bulos (1996, p.35) assevera:

Assim, a vida constitucional dos Estados desenvolve-se perante dois elementos, aparentemente contraditórios: o estático e o dinâmico. O elemento estático consigna uma exigência indispensável à segurança jurídica, evitando, ao menos em tese, a instabilidade institucional, procurando salvaguardar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana; o elemento dinâmico propicia a adaptação das Constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social.

Diante do referido dinamismo necessário à legislação magna, há os, já referidos, métodos formal e informal de reforma. No Brasil – onde há rigidez constitucional –, o instrumento formal consiste na propositura de emendas, que é permitida apenas a um seleto grupo de membros dos poderes Legislativo e Executivo.

Já a mutação constitucional pode ser dividida em três hipóteses: a) mudança de interpretação da Constituição (a mais comum); b) praxe constitucional; c) construção constitucional. (MARTINS, 2020, p. 472).

Hipótese mais frequente, a mudança da interpretação da Constituição pode ser feita por qualquer intérprete da Constituição, mas principalmente pelo Judiciário (e, claro, pelo guardião da Constituição Federal, o STF). Embora o texto constitucional permaneça o mesmo, a interpretação do texto é alterada. [...] Por sua vez, a praxe constitucional é uma reiteração de atos políticos que acabam por alterar o sentido da Constituição, sem alteração do seu texto. [...] Por fim, construção constitucional é a criação doutrinária ou jurisprudencial que altera, de forma inovadora, o significado da Constituição. Dá-se como exemplo a “teoria brasileira do habeas corpus”, na Constituição de 1891. (MARTINS, 2020, p. 476)

Historicamente, a mudança constitucional ocorre mediante diversas formas que repercutem, de modo mais ou menos intenso, na validade e no valor da Constituição. A mutação constitucional, objeto de foco do presente estudo, é originário da teoria constitucional alemã e foi relevante em célebres casos da jurisprudência norte-americana

no século XX – *Brown v. Board of education*, por exemplo. Além disso, no Direito brasileiro também há exemplos históricos de mutação constitucional e, ainda, indícios sólidos de que a análise de seus efeitos é pertinente no cenário atual.

Barroso (2010) salienta que, além das modalidades já consagradas de poder constituinte - poder constituinte originário e poder de reforma constitucional – constata-se a existência de uma terceira forma: a interpretação das normas.

Tal modalidade é exercida através de mecanismos informais, que não são descritos na Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988). Burdeau (1969 *apud* Barroso, 2010, p.128), sobre essa terceira forma, afirma que

(...) o poder constituinte é um poder que faz ou transforma as Constituições, deve-se admitir que sua atuação não se limita às modalidades juridicamente disciplinadas de seu exercício. (...) Há um exercício cotidiano do poder constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais ou pelos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real. (...) Parece-me, de todo modo, que a ciência política deva mencionar a existência desse poder constituinte difuso, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a Constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registros de arquivo.

Essa terceira forma de poder constitucional acaba sendo exercida pelos órgãos do poder constituído, que buscam refletir os interesses sociais e demandas coletivas. Em uma sociedade plural e democrática, entende-se que a Mutação Constitucional desempenha um papel significativo na efetivação constitucional, uma vez que esse fenômeno permite o equilíbrio da significância normativa com a segurança jurídica (PEDRA, 2018).

A muta o constitucional, portanto, consiste em um fenômeno no qual o texto sofre transforma es em seu sentido, sem mudanças da norma e advém da necessidade de adaptar a mudança no olhar do direito e na realidade efetiva, intr secas ao texto constitucional, de modo que a norma assume um significado distinto daquele anterior.

Não obstante o suposto espírito "modernizador" presente na caracteriza o do movimento jurídico enunciado neste t pico, vale trazer   baila o posicionamento crítico de parte da doutrina a respeito da muta o e sua aplica o no ordenamento jurídico brasileiro. Na visão de Streck, Lima e Oliveira (2013) "a muta o constitucional apresenta um grave problema hermenêutico, no mínimo, assim como também de legitimidade da

jurisdição constitucional.” (p. 59). Ademais, estaria presente, também, um eventual caráter antidemocrático, uma vez que “[...] um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia.” (p. 61).

[...] não haveria sob a base da tese da mutação constitucional um problema hermenêutico grave? Ora, a suposta correção jurisprudencial desse hiato entre realidade e normatividade não está na verdade encobrendo uma concepção limitada de compreender o próprio Direito contemporâneo, que deveria estar afinado a um paradigma do Estado Democrático de Direito? Ou, dizendo de outro modo: não se está tentando lançar mão de um instrumental teórico típico da crise do positivismo para solucionar o que parece ser um problema do tempo atual? (STRECK; LIMA; OLIVEIRA, 2013).

Na esteira desse entendimento que preconiza o zelo à firme tripartição dos Poderes, Pedron e Silva (2020, p. 169) chegam a usar a expressão “estado de exceção permanente”, decorrente da ideia de mutação constitucional contribui para a erosão do Direito democraticamente posto, pois representa “tudo contrário ao ideal de uma democracia constitucional fundada por nós em que deve ser o povo que se autogoverna e não os tribunais.” (2020, p. 169). Para os autores, a mutação constitucional é

[..] incapaz de assumir uma compreensão hermeneuticamente adequada do direito contemporâneo, pois ainda reduz norma a texto e não consegue compreender o papel dos princípios jurídicos como normas, já que ainda compreende o direito a um mero conjunto de regras. O recurso à mutação encobre um paradoxo: sob o argumento de que os fatos e as forças sociais pressionam o direito para uma mudança, a Constituição, para conservar sua normatividade e sua legitimidade, tem que se redirecionar, modificando-se para preservar sua primazia no sistema do direito; mas, com isso, concretiza exatamente o inverso, ou seja, a diluição da tensão norma e realidade pela confirmação da superioridade desta última. (PEDRON e SILVA, p. 216).

Ante o exposto, percebe-se que o estudo da mutação tem como fator imprescindível a compreensão de quais são os limites que devem ser respeitados ao se levantar a tese desse tipo de interpretação. Alves (2016, p. 196) alerta que “a proclamação ostensiva de

uma alteração informal no sentido da constituição depende, antes de tudo, do reconhecimento de que as premissas fáticas subjacentes ao significado original da norma não mais se verificam no momento [...]”. Assim, o equilíbrio entre a flexibilização demasiada do intérprete e a postura arcaica frente às normas constitucionais é uma das premissas que contribuem para o conhecimento a respeito do fenômeno em análise nesta pesquisa.

2.2 LIMITES DO PODER CONSTITUINTE DIFUSO

Juridicamente, o poder constituinte emana da compreensão de que a comunidade política é resultante de um acordo natural de interesses e vontades entre os entes que serão regidos pela ordem jurídica estabelecida com o contrato. Assim sendo, o poder constituinte estaria relacionado “ao povo, ao conjunto de indivíduos e uma deliberação idealizada a respeito das regras de convivência social” (SOUZA; GOMES, 2005, p.35).

O Poder Constituinte Difuso é caracterizado pelo poder adjudicado aos agentes políticos de amoldamento da Constituição Federal de um modo inespecífico, isto é, a adequação do texto constitucional, sem mudanças na letra, às evoluções que acontecem na sociedade (MATTAR; MINAGÉ, 2020). Por vezes tratado como sinônimo de mutação constitucional, “trata-se de um poder de fato, e não de direito (ou seja, não é um poder regulamentado pelo direito, existindo antes da edição da própria Constituição).” (MARTINS, 2020, p. 471).

Esse Poder que se expressa em uma forma de mutação constitucional tem limites e o avanço dessas fronteiras configura em uma violação do poder constituinte e da soberania popular. Diante disso, as normas jurídicas se desprendem da natureza subjetiva que as cunhou e assumem uma existência objetiva que possibilita sua influência mútua e atualização ante as novas realidades e demandas.

Ocorre que este movimento normativo não pode modificar a essência da Constituição Federal. Por isso, faz-se necessário analisar dois importantes limites: as possibilidades semânticas do relato da norma, ou seja, os significados presumíveis do texto constitucional a ser interpretado e a preservação dos princípios fundamentais que norteiam a Constituição Federal (MATTAR; MINAGÉ, 2020).

Cruz (2004, p.345) delimita o controle difuso afirmando que

O controle difuso aproxima a Jurisdição Constitucional e a sociedade. Disperso por todos os ramos do Judiciário, especialmente nas comarcas da Justiça Estadual Ordinária, o controle difuso tem o

condão de incrementar o exercício da cidadania, robustecendo a noção de democracia, especialmente em países como o Brasil, com uma história constitucional tão atribulada. Assim, não são somente os tribunais, normalmente distantes, situados nas capitais dos Estados ou da República, que têm atribuição exclusiva para apreciação da constitucionalidade de leis e debates sobre a aplicação de leis e de atos normativos (CRUZ, 2004, p. 345).

A mutação constitucional não se dá somente por intermédio de canais convencionais e em razão de um direito constitucional estático, acomodatório, pelo contrário, ela também pode ser produzida de diversas formas, como por exemplo, por intermédio da interpretação, dos usos e costumes, da construção judicial, entre outras formas de ocorrência do fenômeno. Na perspectiva de Bulos (2014), os limites postos seriam respeitosos à subjetividade do intérprete e sua disposição em não dispor dos princípios que regem o Estado.

Para Denise Soares Vargas (*apud* MARTINS, 2020, p. 478) as limitações à mutação constitucional devem: “se circunscrever aos sentidos possíveis do texto; decorrer de genuína mudança na sociedade e não avançar no campo próprio da reforma constitucional”.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, adota a classificação de Burdeau e “aponta como limites à mutação, e, por sua vez, ao poder difuso: a) as possibilidades semânticas do relato da norma; b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela Constituição” (MARTINS, 2020, p. 278).

Diante das diferentes visões enunciadas, constata-se que, esteja ou não presente a visão de a mutação constitucional possui limites claros, deve-se observância àquilo imposto pela Constituição Federal de 1988. Segundo Pedron e Silva (2020), a interpretação deve ser guiada pela proteção ao núcleo essencial dos princípios e em respeito à ideia de *checks and balances*, que é essencial para o funcionamento de instituições democráticas.

2.3 PERSPECTIVAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No âmbito de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), a alusão à mutação constitucional é fator relativamente recente, sobretudo se comparado ao histórico do tema em discussões internacionais. A primeira menção a tal fenômeno ocorreu em 2001, através

de decisão monocrática do ministro Celso de Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.484, do Distrito Federal (BRASIL, 2001).

Segundo Lourenço Junior (2018, p. 66),

[...] até maio de 2018, houve mais de 73 referências às mudanças informais, sendo 29 em acórdãos e 44 em decisões monocráticas. Passou-se a fazer referências ao fenômeno em ações formalmente distintas, com os mais variados objetos. O ministro Gilmar Mendes [...] aponta a existência de mutações constitucionais em normas que tratam da perda do mandato eletivo, do controle difuso de constitucionalidade, da união estável, do benefício assistencial, dentre outras, e ressalta o papel da jurisprudência do STF como fonte originária das alterações informais. “Tais mudanças foram empreendidas em decorrência de decisões colegiadas prolatadas em ações diretas de inconstitucionalidade, em ações de descumprimento de preceito fundamental, em recursos extraordinários, em mandados de segurança, dentre outros”.

Ao se fazer um exame mais detalhado das citadas referências a esse tipo de mecanismo de mudança informal, pode-se perceber certa inconstância na conceituação realizada pelos eminentes ministros. A Corte, “[...] por vezes, põe este rótulo em situações de simples mudança jurisprudencial, noutras o emprega genericamente para tratar de alterações informais no sentido da Constituição.” (ALVES, 2016, p. 195).

Tal inconsistência é demonstrada pelas variadas interpretações citadas nos votos dos ministros, que, em diversas ocasiões, partem de premissas diferentes ao tratarem dos elementos da mutação constitucional – como, por exemplo, no julgamento da Reclamação nº 4335/AC. Nesse sentido, ao citar os votos de Gilmar Mendes e Eros Grau no referido Pleno, Pedron e Silva (2020, p. 914) fazem a seguinte crítica:

É interessante observar que as leituras desenvolvidas pelos ministros Mendes e Grau acerca da mutação constitucional são ainda colidentes entre si. Para o primeiro, a mutação é instrumental hermenêutico-constitucional, através do qual o Tribunal pode modificar a norma, mas com a preservação do texto original; para o segundo, a mutação constitucional exige a alteração tanto da norma como do texto normativo. Em ambos os casos, o que fica claro é a redução da estrutura normativa do direito a um mero

conjunto de regras jurídicas, olvidando-se, de modo absoluto, uma compreensão do Direito a partir de uma dimensão principiológica; e mais, uma dimensão principiológica organizada a partir de uma exigência de integridade

De acordo com o ministro Gilmar Mendes, as mutações são “mudanças da concepção jurídica” que levam à alteração da jurisprudência da corte e se impõem por meio da interpretação aberta da Constituição.” (Ex 522.897/RN, p. 19). Ademais, para Mendes “a mutação é criação que ‘atualiza’ para os novos padrões a realidade, supostamente diminuindo o déficit entre norma e realidade” (voto na Rcl. n. 4.335/AC, p.55).

Já o ministro Celso de Mello, no julgamento do *Habeas corpus* nº 96772, caracterizou a mutação como “o poder interpretativo” do STF deve ser exercido, em alguns casos, para “reformular o texto” constitucional, de acordo com “as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea”. (ALVES, 2016, p. 100).

Lourenço Junior (2018, p. 155) lembra que “[...] os ministros Marco Aurélio e Edson Fachin, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 46/DF (p. 27) e no *habeas corpus* (HC) nº 127.900/AM (p. 26), respectivamente, também equiparam a mudança informal à interpretação evolutiva/atualizadora da Constituição Federal”.

Por sua vez, o ministro Luís Roberto Barroso – entusiasta de um comportamento proativo do Supremo Tribunal Federal – afirma que a mutação constitucional ocorrerá “[...] quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito.” (BARROSO 2010 *apud* ALVES, 2016, p. 100), desde que com lastro democrático.

Destarte, percebe-se que, embora o cerne dos conceitos expostos apresente similaridades, há sutis diferenças que ensejam críticas quanto à legitimidade de decisões baseadas em mutações constitucionais.

Quando são prolatados votos no Supremo Tribunal Federal no intuito de que seja sepultada a resolução do Senado Federal ou permitida a união estável entre pessoas do mesmo sexo, não houve uma clara autolimitação pelas possibilidades de sentido do texto constitucional. E este é o ponto de questionamento da legitimidade destas posições jurisprudenciais. [...] O respaldo de soberania popular para a adaptação constitucional também é contestável no que tem de pouco aferível, e, por outro lado, a adoção do pensamento

majoritário como norte para as decisões constitucionais não é uma garantia de boas decisões. A inclinação dos juízes com base no argumento de que muitos indivíduos estão pensando em um sentido ou noutro [...] é uma forma potencialmente ruim de solução dos problemas afetos aos grupos minoritários. (ALVES, 2016, P. 101).

Flavio Pedron e João Paulo Soares e Silva (2020, p. 905) se posicionam de forma ainda mais ferrenha: segundo eles, a tese da mutação constitucional encobre uma faceta decisionista do STF, que se coloca como vanguardista e alega se utilizar da mutação constitucional quando na verdade quer exercer atribuições de um Poder Constituinte.

É verdade que a posição assumida pelo STF demonstra uma faceta decisionista da função jurisdicional, principalmente no que tange ao exercício dos mecanismos de controle de constitucionalidade, já que passam a exercer um papel hipertrofiado, avocando uma legitimidade duvidosa para, não apenas “guardar” a constituição, mas assumir como uma modalidade de Poder Constituinte permanente (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 2007, p.12-13). Assim, se para o STF a Constituição de 1988 não está suficientemente em compasso com o que ele entende por “realidade”, a questão deixa de ser tratada sob o ponto de vista de uma discussão pública e democrática sobre a necessidade de reforma/alteração da Constituição pelos canais institucionais que o próprio Texto Maior prevê, e passa a ser vista como uma saída mais imediatista, qual seja, a alteração da normatividade constitucional pelo STF. (PEDRON; SILVA; 2020, p. 905)

Haja vista a controvérsia sobre a divergência do uso da mutação constitucional pelo STF, Alves (2016, p. 104) assevera que “[...] mais interessante que a definição é a discussão em torno da atualização do documento através da atividade dos seus intérpretes e dos atritos que surgem de novas leituras constitucionais”.

O debate nesse ponto não é se os juízes devem adaptar a Constituição à realidade contemporânea. O debate é sobre quão livremente devem interpretá-la para chegar à conclusão que mais lhes agrada e sobre o que faz essa conclusão legítima. [...] O modo pelo qual deve se dar a construção das decisões, entretanto, é uma formulação em desenvolvimento, cujas respostas serão fornecidas por cada caso na sua singularidade, como se a interpretação se reinventasse a todo tempo, em cada concretização, em cada reconciliação entre o constitucionalismo e a democracia. (ALVES, 2016, p. 104).

A preocupação maior é, portanto, quanto à efetividade dos limites e requisitos impostos ao fenômeno em voga – especialmente naqueles que veem seu uso instrumental e retórico pelo STF. Nessa toada, Lourenço Junior (2018, p. 158) afirma que, em alguns casos, “[...] o Supremo impõe o que entende ser uma mutação constitucional, e não constata a existência de uma alteração informal já consolidada. Não trata o fenômeno como resultado de um processo, e sim como instrumento a ser manejado pelo intérprete.”.

Na esteira desse entendimento, alertam Pedron e Silva (2020):

Todo o problema é desenvolvido pelos ministros a partir de uma dicotomia entre “texto e norma” (STRECK; CATTONI DE OLIVEIRA; LIMA, 200, p.13), apostando na tese da mutação como a solução taumaturga do problema, mas que é falha por não problematizar paradigmaticamente a questão [...] o que se vê é a utilização do mecanismo da mutação constitucional para a resolução de problemas típicos de paradigmas jurídicos diferentes do assumido pelo Estado Democrático de Direito. Isso porque tais propostas de soluções aos problemas se dão ainda dentro dos limites de uma concepção positivista já em crise e descompromissada com uma função jurisdicional democrática, que, necessariamente, tem que assumir uma interpretação construtiva (DWORKIN, 1999) do Direito, tendo em vista que o direito é um empreendimento coletivo do qual participa toda a sociedade – na forma de uma comunidade de princípios. (PEDRON; SILVA; p. 921)

Há uma clara distância entre adequar o texto constitucional à realidade fática contemporânea e a mudança que revoga ou anula preceitos sem os ressignificar positivamente. (ALVES, 2016, p. 123). Afinal, a segurança jurídica de um constitucionalismo pautado em uma constituição escrita é muito dependente do respeito àquelas normas textuais.

Portanto, é pertinente que grande parte da doutrina seja vigilante em relação à falta de critério que muitas vezes se observa nas citações à mutação constitucional no Pretório Excelso. Ademais, para a compreensão precisa desse fenômeno, é preciso que se examine o contexto em que ele está inserido atualmente, qual seja um cenário onde o ativismo judicial é pujante. A mutação constitucional é um corolário de um Judiciário ativista, de modo que este oferece o cenário perfeito para aquele crescer.

3.ATIVISMO JUDICIAL E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

3.1 ATIVISMO E MUTAÇÃO

O presente estudo baseia-se em dois pilares: o exame do fenômeno que permite a alteração informal da Constituição Federal e o cenário ativista que a potencializa. A enunciada relação dos fenômenos jurídicos se evidencia na medida em que uma postura mais ativa e intensa do Judiciário na interpretação da Constituição favorece eventuais inovações semânticas em suas normas.

Faz-se mister, portanto, o enfoque mais detalhado do que vem a ser o termo “ativismo judicial”. Este admite diversos significados, que compreendem a ação judiciária de instrução, invalidação de atos normativos dos demais poderes e participação e decisão de questões polêmicas (CAMPOS,2014).

Kmiec (2014) apresenta cinco sentidos para o termo ativismo judicial, a saber: 1. Posição do judiciário de determinar a invalidação ações dos outros poderes (Executivo e Legislativo), de modo que passa a ser visto como ativista um tribunal/ corte que, regularmente, classifica atos normativos dos outros poderes como inconstitucionais; 2. A expressão indica a conduta de um tribunal/corte que se distancia dos princípios já consagrados para adotar uma interpretação peculiar sobre o Direito; 3. Compreende a mudança de função, quando o tribunal passa a legislar, deixando de julgar, que é sua função. Sobre isso, Continentino (2012) alerta que “Cortes ativistas seriam aquelas que, ao desprezarem os limites de suas próprias atribuições e o princípio da separação dos poderes, criariam direito novo, a pretexto de interpretá-lo”; 4. O ativismo como ocorrência de uma interpretação diferente da visão tradicional; 5. Julgamento que é encaminhado pelo resultado, de modo que o tribunal toma uma decisão a partir de um motivo finalístico.

Percebe-se, portanto, o quanto o termo ativismo judicial apresenta significados diversos e, até mesmo, inconsistências. Convém ressaltar, porém, que a este trabalho interessam os quatro últimos sentidos descritos por Kmiec (2014), a saber: 1) distanciamento dos precedentes sem a devida argumentação; 2) substituição da finalidade do tribunal, ou seja, a corte passa a legislar em detrimento ao seu papel de julgar; 3) adoção de interpretações diferentes das comumente aceitáveis; e 4) orientação do pelo resultado.

De acordo com Araújo (2018), a ampliação da força jurisdicional acabou promovendo uma atuação mais criativa dos magistrados. Com isso, os juízes passaram não apenas a proteger os direitos, como também a criá-los. Esse movimento vem sendo alvo de críticas e denúncias da minimização da significância e atuação do poder legislativo, como aponta Romboli (2015), e por isso se torna importante refletir sobre essa

questão.

Shapiro; Swett (2002) e Friedman; Pérez-Perdom (2003) apresentam concepções mais profundas sobre o ativismo judicial. Os autores explicam que a ciência jurídica vem assumindo um papel invasivo, produto da incursão do Direito nas relações sociais, classificada como a judicialização da sociedade, como nos poderes, apresentada como a judicialização da política. Nesse sentido, o Judiciário passa a ser regulado pelas demandas e expectativas da sociedade e dos interesses de determinados grupos e ideologias.

Assim sendo, o ativismo judicial pode ser compreendido como a participação mais significativa do Poder Judiciário na elaboração dos valores constitucionais (ROOSEVELT, 2006) ou, ainda, como uma intervenção mais acentuada nas ações dos outros dois Poderes do Estado e não deve ser entendido como ativismo extrajudicial, como ativismo dialógico ou como ativismo procedimental (MARSHALL, 2002).

Para parte dos estudiosos do tema, o ativismo judicial consiste em um fenômeno inevitável para o Estado Democrático, devendo ser analisado sob dois aspectos: (i) sua relação com o processo democrático (soberania e separação de poderes) e (ii) instrumentalização dos direitos fundamentais e sociais.

De acordo com Gomes (2015, p.20),

Há o ativismo judicial inovador (criação, ex-novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.

Trata-se de uma manifestação tanto de caráter institucional como também de caráter eminentemente político. É um fenômeno que deriva do neoconstitucionalismo. Para Ferrajoli (2006), tem-se o constitucionalismo jurídico, argumentativo, que equivale ao próprio Estado Constitucional e tem-se o constitucionalismo político, que corresponde ao Estado Legislativo, partindo da reformulação do positivismo.

O constitucionalismo contemporâneo está diretamente relacionado à “constitucionalização” das normas infraconstitucionais, ou seja, deve a lei se subordinar

aos princípios constitucionais, aos ideais de justiça e aos direitos fundamentais, modificando, substancialmente, o método do julgador.

A concretização possibilita, a partir da nova hermenêutica, a análise de uma situação em concreto para compreensão do direito e da qualidade, por assim dizer, da norma jurídica. Isso por si só reafirma o ativismo judicial com um fato (FERRAJOLI, 2006).

Afirma Laporta (2003) que a relação entre constituição e lei se estabelecem através de dois modelos: (i) modelo constitucionalista judicialista: a constituição determina normas de conduta plenamente eficazes; os juízes podem aplicar a constituição, em detrimento da lei; (ii) modelo democrático legalista: a constituição não pré-determina a solução de todos os conflitos; determina a competência política (quem manda; como manda; onde manda); o legislador ordinário determina as normas do sistema jurídico, cabendo ao sujeitar-se à legalidade, observando se a lei excede ou não os limites políticos.

O modelo judicialista, embora apresente-se mais técnico-jurídico, distancia-se dos vieses democráticos, pois a função da jurisdição não consiste em substituir o legislador, mas sim em controlar o sistema jurídico, retirando do ordenamento decisões e normas que estejam em desconformidade com a constituição, mediante o exercício interpretativo.

No Brasil, diversos autores defendem que as decisões tidas como ativistas caminham no sentido de ampliar direitos fundamentais com o pretexto de preencher as lacunas resultantes da ineficiência dos outros Poderes do Estado (RAMOS; OLIVEIRA JR, 2014). Por isso, há uma inquietação com a denominada "legislação judiciária" e o "ativismo à brasileira" (ARAÚJO, 2018).

Uma possível razão para esse ativismo judicial no Brasil está ligada à cláusula constitucional do amplo acesso à justiça, que, segundo Zaneti Jr. (2007), faz com que o Poder Judiciário funcione como o "motor da democracia participativa", fenômeno que foi intensificado com o discurso jurídico e judicial posterior à Constituição, deixando de ser um "discurso fundado em regras codificadas, centralizado no juiz, apodítico e demonstrativo, que aplicava o direito material posto e fundado nos direitos subjetivos preconcebidos, para um discurso democrático", assumindo um caráter argumentativo em resultado da "principalização do direito".

Com a Constituição de 1988, o Poder Judiciário no Brasil vem sofrendo intensas transformações. Inúmeras modificações institucionais promoveram a ampliação do acesso à justiça, o revigoramento do Ministério Público e a revitalização de instrumentos

processuais. Além disso, as liberdades democráticas promovem um maior esclarecimento e consciência dos cidadãos sobre os seus direitos.

Essas mudanças contribuíram para um crescimento da litigiosidade, da judicialização da política e do processo de “empoderamento” do judiciário, que passam a pressioná-lo intensamente, estimulando e até forçando uma prática mais ativista já que se exige desse Poder respostas imediatas aos problemas de ordem social, econômica e institucional.

O que se vê na realidade brasileira é um ativismo judicial que figura como “uma atitude, ou seja, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (ABREU, 2013, p. 140), e ao mesmo tempo, “se mostra como a ampliação do poder dos tribunais no controle dos demais poderes, pelo viés constitucional” (p. 142).

Quando o Legislativo e o Executivo se mostram silentes diante de um clamor social por transformações, adequações ou inovações normativas, o Poder Judiciário é incitado a resolver e, por não poder se abster, acaba por inovar o ordenamento jurídico e normativo sobre a questão. Sobre isso, Streck (2013, p.314) explica que

O que ocorreu e o que vem ocorrendo em terrae brasilis: as decisões dos Tribunais são proferidas de acordo com a visão de cada componente, soçobrando, com isso, a legislação e, o que é pior, a Constituição. Sob pretexto de o juiz não ser mais o “juiz boca da lei” (positivismo primitivo), agora temos o juiz (tribunal), para quem (para qual) a lei é apenas – como diriam alguns doutrinadores adeptos de teorias voluntaristas – a ponta o iceberg. E, por vezes, nem mesmo isso...! No fundo, volta-se ao velho positivismo fático, versão voluntarista do realismo jurídico: a lei é aquilo que os Tribunais dizem que é (como que a repetir a famosa frase do juiz Oliver Holmes).

O ativismo judicial, portanto, caracteriza-se por duas vertentes: a prima quando ultrapassa o âmbito do Legislativo e reconfigura o ordenamento jurídico, afetando a representação da sociedade naquele que democraticamente por ela foi eleito e a segunda, quando o magistrado, ao perceber uma inação legislativa, busca prover essa lacuna instituindo um novo precedente (GOMES; CABRAL, 2019).

O magistrado, em face de sua função e conhecimento técnico poderia ter decidido usando direito posto, que compreende normas, jurisprudência, súmulas e vários outros recursos

disponíveis, porém – e isso se tornou também um aspecto marcante do ativismo judicial – escolhi inovar no ordenamento jurídico, portando-se como legislador positivo, que cabe apenas ao Poder Legislativo, órgão político e representado democraticamente por cidadãos eleitos pelo povo. Trata-se, então, de uma sobreposição às fronteiras estabelecidas pela CF/88, visto que “[...] os juízes não são eleitos, bem como não são responsáveis perante os eleitores, como ocorre com os legisladores, logo não poderiam criar leis” (ABREU, 2013, p. 229).

Em uma pesquisa documental recente, Pereira (2021) apresenta algumas decisões do STF que podem ser classificadas como ativistas, uma vez que usurpam o caráter legislativo que não é de sua competência. Entre 2004 e 2020, o autor encontrou mais de sessenta decisões relativas a assuntos significativamente complexos e de elevado impacto e polêmica na sociedade.

Nesse sentido, o protagonismo ofertado ao Poder Judiciário, sobretudo, ao STF evidencia a cominação do jurídico em detrimento do político. Convém advertir que tal influência do jurídico no campo político, cujos membros não são eleitos, pode afetar de forma negativa na consolidação e no amadurecimento da democracia, visto que o povo está equidistante dessas decisões (PEREIRA, 2021).

O princípio da Supremacia da Constituição e a primazia de sua interpretação para coesão do sistema reivindica uma atuação quase que legislativa do Tribunal e/ou Corte Constitucional. Eventuais reflexos políticos derivariam, em tese, da própria outorga constitucional e assunção de competências (ABREU, 2013).

A atuação do Judiciário, nesse sentido, seria expansiva ou proativa, de caráter político, conjugando as finalidades do Estado, a proteção dos direitos constitucionalmente garantidos e a interpretação normativa, diante de uma contumácia do legislador. De acordo com Pereira (2021), a constitucionalização e a nova hermenêutica jurídica resguardam os interesses do Estado Constitucional, defensor das garantias individuais, dos direitos sociais e fundamentais, mediante um juízo de valoração criativo, baseado na ponderação dos princípios.

Segundo Alencar Filho (2011), o ativismo judicial deve ser analisado e compreendido a partir da hermenêutica, diante dos novos meios de interpretação (ou de concretização) para integrar e alcançar soluções mais satisfatórias aos anseios sociais, desde que a sua forma seja constitucional. Como consequência da concretização ou interpretação técnica-jurídica, é possível maior efetividade na aplicação do conteúdo da norma, ou seja, resultado do processo, através do qual se aplica o direito real.

Martins (2020, p. 102), todavia, trata esse fenômeno de forma diferente. Segundo o autor,

[...] não se deve confundir “ativismo judicial” com “maior protagonismo do Poder Judiciário”. Este último é uma consequência natural do neoconstitucionalismo, já que o Judiciário, como “guardião da Constituição”, tem o dever de garantir a sua força normativa, questionando os atos e as omissões do Poder Público que descumprem os ditames constitucionais. Todavia, o primeiro (o ativismo) é o exagero, a ação desmesurada do Poder Judiciário. Enquanto o ativismo pode ser acusado de violar a “separação dos Poderes”, o protagonismo do Poder Judiciário pode ser visto como um avanço na implementação dos direitos fundamentais (como no controle das políticas públicas) e na consecução de sua função contramajoritária (nome criado por Alexander Bickel), assegurando os direitos fundamentais de uma minoria, ainda que contra a vontade de uma maioria episódica.

Em que pese as diferentes perspectivas da doutrina brasileira sobre o movimento jurídico em tela, é fato notório que a eventual hipertrofia de um dos Poderes da Federação requer parcimônia. Quando esta ocorre no Judiciário - mesmo em casos nos quais a motivação é justa, como omissão do Legislativo -, deve-se inspecionar em que medida pode haver uma centralização exacerbada de competências e atribuições. O maior alvo desse exame atento é o Supremo Tribunal Federal e suas decisões, haja vista a óbvia relevância da Corte e sua função de “guardião” do Texto Constituinte. Dentre a miríade de julgamentos que trazem reflexões importantes concernentes ao ativismo, um possui caráter simbólico e fundamental para a discussão proposta: o posicionamento do Tribunal a respeito da Reclamação nº 4.335/AC.

3.2 ANÁLISE DA RECLAMAÇÃO nº 4.335/AC

Ao longo do presente estudo, foi possível perceber que a mutação constitucional, seja ela conceituada de forma mais ampla ou objetiva, é favorecida por um contexto onde está presente o ativismo judicial. Nesse sentido, vale analisar, em especial, o caso da Reclamação nº 4.335/AC, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, que gerou a tese de uma suposta mutação constitucional no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal.

A Reclamação em foco foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, contra decisões do Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais do Acre, e, Rio Branco. O

magistrado havia indeferido a progressão de regime de uma série de réus em cumprimento de pena por crime hediondo, com fundamento no artigo 2, §1º, da Lei nº 8.072/90, embora o Supremo Tribunal Federal já houvesse decretado a inconstitucionalidade do referido dispositivo (no HC nº 82.959).¹⁶²

O magistrado argumentou que sua recusa em aplicar a posição do STF estava protegida pelo artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, segundo o qual “[...] compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Como a decisão da Corte foi em sede de controle difuso, o juiz acriano não se reconheceu vinculado a ela, mas sim à chancela do Senado Federal citada no artigo mencionado.

Devido a superveniente Súmula Vinculante nº 26, a reclamação foi julgada procedente. Entretanto, mais que o resultado da ação em si, requer atenção, para fins desta pesquisa, o voto do ministro Gilmar Mendes. Nele, foi proposta uma revisão do papel do Senado Federal no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro – função que, de acordo com o relator, sofreu desgaste no decorrer do tempo.

Todas essas reflexões e práticas parecem recomendar uma releitura do papel do Senado no processo de controle de constitucionalidade. Quando o instituto foi concebido no Brasil, em 1934, dominava uma determinada concepção da divisão de poderes, há muito superada. Em verdade, quando da promulgação do texto de 1934, outros países já atribuíam eficácia geral às decisões proferidas em sede de controle abstrato de normas, tais como o previsto na Constituição de Weimar de 1919 e no modelo austríaco de 1920. A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas. (Voto de MENDES, na Rcl. n. 4.335/AC, p.32 - 33).

Mendes defende uma “objetivação” do controle difuso e uma interpretação evolutiva do artigo 52 da Constituição Federal de 1988, uma vez que, na sua visão, este teria ficado obsoleto. Acrescenta, ainda:

162 HC nº 82.959, Relator: Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 23/02/06.

Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica. Esta solução, resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam -se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e - permita-nos dizer - ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988 (Voto de MENDES, na Rcl. n. 4.335/AC, p.56).

Embora a tese do relator tenha ganhado apoio do ministro Eros Grau, ela foi rechaçada pela maioria dos outros membros da Corte. Dentre estes, vale ressaltar, inicialmente, o posicionamento dos ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa. Em seu voto (Rcl n. 4335/AC, p. 91), Pertence afirma, em palavras contundentes, que não se anima à mutação proposta “[...] por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe de Estado”. Segundo o ministro, não haveria necessidade de colocar o Senado em uma posição “subalterna de dar publicidade a decisões do Supremo Tribunal em processos subjetivos” (Rcl n. 4335/AC p. 95).

Joaquim Barbosa, por sua vez, explicita em seu voto sua discordância quanto à ideia de que a suspensão da execução pelo Senado significa óbice à efetividade das decisões do STF (Rcl n. 4335/AC, p. 98). A respeito da posição do ministro, Pedron e Silva (2020, p. 547) observam:

O ministro levanta, ainda, um importante argumento: a doutrina constitucional assinala, de um modo geral, que, para se poder identificar uma mutação constitucional “idônea”, dotada de legitimidade (ou seja, o inverso de uma mutação inconstitucional), deve-se atentar para dois requisitos fundamentais: (a) a existência de um lapso temporal razoável; e (b) a definitiva “dessuetude” do dispositivo.[29] Mas, especialmente nesse segundo requisito, o argumento trazido pelo Min. Barbosa é de importância ímpar, pois aponta em seu voto que o Senado Federal, desde 1988, já fez uso da atribuição do art. 52, X, da CR/88 quase cem vezes [...]. Logo, onde está o desuso do dispositivo que legitimaria a aplicação da mutação constitucional pelo STF? Argumentando, ainda, a partir do

pensamento de Canotilho, o Min. Barbosa não explicita o que seja, em seu entendimento, a figura da mutação constitucional, mas informa o que não é. Para ele, a simples mudança de interpretação de um dispositivo não pode ser entendida como modalidade de mutação constitucional.

Percebe-se, portanto, que ademais da já mencionada divergência dos ministros a respeito da conceituação do que viria a ser uma mutação constitucional, houve entre os membros do órgão o receio sobre os efeitos potencialmente nocivos que o uso desmedido desse fenômeno jurídico pode gerar. Barbosa discorre, ainda, sobre os princípios de *self restraint* que devem ser obedecidos pela Corte no exercício da jurisdição constitucional. Segundo ele, o Poder Judiciário deve ter “virtudes passivas” e agir de modo a: “a) anular a legislação em desacordo com a Constituição; b) declarar a sua compatibilidade com o texto constitucional; c) abster-se de pronunciar-se sobre a questão da constitucionalidade em respeito ao princípio da democracia” (Rcl n. 4335/AC, p. 101).

Da mesma forma, o ministro Ricardo Lewandowski seguiu a posição de cautela, ao afirmar que “Suprimir competências de um Poder de Estado, por via de exegese constitucional, a meu sentir, colocaria em risco a própria lógica do sistema de freios e contrapesos, como ressalta Jellinek.” (Rcl n. 4335/AC, p. 121).

A doutrina também se mostra atenta quanto aos riscos que uma eventual alteração informal e ativista pode causar ao princípio de separação dos Poderes e ao sistema de Freios e Contrapesos. O STF, ao expandir suas atribuições – como observado nos votos de Mendes e Grau -, força os limites que vários doutrinadores costumam impor à mutação constitucional. Nesse sentido, Pedron e Silva (2020, p. 932) observam que, nos votos da Reclamação 4335/AC,

(...) todos os argumentos parecem se apoiar apenas em uma racionalidade instrumental (celeridade, efetividade e segurança jurídica, como razões elevadas a verdadeiros dogmas no interior do discurso decisório), segundo a qual “os fins justificam os meios”.

Para Martins (2020, p. 692), “[...] nada, absolutamente nada, justifica a criação de uma interpretação que retira uma atribuição constitucional de um órgão como o Senado. [...] tal interpretação viola o princípio da justeza ou conformidade funcional”. O doutrinador acrescenta, ainda: “quando o intérprete elabora uma interpretação que não se encontra no limite do texto constitucional, está desvirtuando a Constituição e, por isso, avançando no campo da reforma constitucional” (MARTINS, 2020, p. 479).

Outrossim, Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p.04 *apud* Pedron e Silva, 2020, p. 814) destacam

[...] que o 'novo' papel que pretendem os ministros do STF para o Senado Federal no controle difuso perde de vista o fato de que o mesmo é composto por representantes eleitos pelo povo brasileiro que exercem uma função importante no que toca à legitimidade democrática.

Na mesma esteira segue Alves (2016, p. 58), cujo posicionamento sintetiza a perspectiva geralmente cauta da doutrina frente à tese enunciada na Reclamação em tela:

Essa tese de mutação constitucional é parte de uma guinada maior de ativismo por parte do STF, talvez evidenciando uma das suas facetas mais perigosas, a do ativismo alargador de competências. Poucas coisas devem ser tão adstritas ao princípio democrático quanto a prerrogativa dos cidadãos de, por meio da constituição, delimitarem a parcela de poder que querem delegar às suas Cortes. Todo o contexto de ativismo judicial característico desse momento do STF se descortina e envolve a discussão. O avanço do Supremo na interpretação da questão pode abrir ensejo – como tem aberto – para outros cerceamentos às competências do parlamento (ALVES, 2016, p.58).

Diante do exposto no presente tópico, faz-se evidente a importância do julgamento da Reclamação 4335/AC para o estudo e constatação do vínculo natural entre o comportamento ativista da Suprema Corte brasileira e o uso da mutação constitucional como argumento balizador de eventuais alterações de normas presentes na Lei Maior. Percebe-se, claramente, uma relação direta de interferência do Judiciário sobre o Legislativo, fato que gera, de forma bastante pertinente, questionamentos referentes à presença ou não de legitimidade democrática nas ações dos ministros.

Como demonstrado pela doutrina examinada e pelos votos dissonantes da relatoria, é possível concluir que o tema "mutação constitucional" gera mais indagações que entendimentos uniformes. Além disso, "acaba por revelar a fragilidade teórica da compreensão levada a cabo pelo próprio STF sobre o que seja a mutação constitucional" (PEDRON e SILVA, 2020, p. 955).

No que tange ao equilíbrio necessário ao tema, assevera Martins (2020, p. 477)

Não há dúvidas de que não podemos ficar presos à interpretação originária do texto constitucional, já que, nas palavras de Thomas Jefferson, “o mundo é dos vivos”, não podendo ser governado pelos mortos e suas vontades, seus valores. Todavia, é imperioso reconhecer os limites da mutação constitucional, sob pena de flexibilizarmos exageradamente a Constituição, de acordo com a vontade e os valores do intérprete.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição representa a ordem jurídica fundamental de uma comunidade, vez que toda sociedade politicamente organizada tem no regramento constitucional a forma de estruturação do Estado e a proteção aos direitos fundamentais de seus indivíduos. Tamanha importância para a ordem jurídica, política e social de um país enseja estudo zeloso sobre os modos de interpretação e reforma da legislação constituinte. O presente trabalho buscou ampliar os conhecimentos sobre os efeitos da relação entre alterações semânticas sobre a Constituição Federal de 1988 e a atual tendência ativista do Poder Judiciário – simbolizada pelo Supremo Tribunal Federal.

No que se refere à mutação constitucional, sendo esta um mecanismo informal de alteração do sentido do texto e não da redação em si, devem ser observados os limites aos quais inovações interpretativas devem se submeter. Embora o intérprete da Constituição possa, por vezes, alegar uma adaptação que modernize o Direito e o aproxime da contemporaneidade, é nocivo que a pretensa adaptação se afaste do significado original da norma, já que tal conduta não caracteriza uma atualização, mas sim um rompimento.

Destarte, é perceptível que a mutação constitucional gera questionamentos quanto à sua legitimidade desde a conceituação, uma vez que, em uma democracia federativa, o papel de modificar leis corresponde ao Poder Legislativo. Ademais, no caso da rígida Constituição Federal de 1988, a modificação formal de seu texto – através de Emendas Constitucionais - obedece a um rito ainda mais estrito, no que tange ao rol de proponentes e às regras de quórum para aprovação.

Contudo, a existência desse receio não implica, necessariamente, em dizer que a mutação constitucional é ilegítima *per se*. A presença do sistema de Freios e Contrapesos no ordenamento pátrio permite que, eventualmente, objetivando o equilíbrio, um Poder possa interferir nas atribuições do outro, quando este se excede ou se omite. Todavia, consoante ao que foi apresentado nesta pesquisa, é fundamental que a mutação constitucional ocorra de forma cautelosa, pontual e obediente a critérios de limitação.

Porém, daí surge nova problemática: em um momento no qual o Ativismo Judicial mostra considerável força e presença, é mais difícil que a mutação constitucional obedeça a delimitações. Quando o Judiciário – sobretudo na figura do Supremo Tribunal Federal – concentra competências por meio de uma postura exagerada ou demasiadamente proativa, há o risco de insegurança jurídica. A recorrência da mutação é, portanto, corolário do momento ativista e a relação entre os dois fenômenos é inerente. Quanto maior for o Ativismo Judicial, maior será a possibilidade de uma mutação constitucional desenfreada e o esvaziamento da função do Texto Constituinte.

Além disso, a dissonância entre os ministros do Supremo Tribunal Federal no que tange à conceituação e os limites do fenômeno em estudo é outro fator que provoca receio. Diante da análise dos votos da Reclamação nº 4.335/AC e de outros julgamentos, feita no presente trabalho, foi possível concluir que, em algumas ocasiões, o significado e os efeitos dados à mutação constitucional são adaptados pelo julgador para se amoldar às suas intenções. Pode haver uma situação em que a determinação constitucional acaba sendo aplicada ou suspendida arbitrariamente pelo Judiciário, de modo que resulte no esvaziamento da normatividade e legitimidade da norma constitucional.

A mutação constitucional é relevante objeto de debate, seja por sua conceituação em si, seja por sua aplicabilidade. O exame dos seus possíveis efeitos no ordenamento jurídico brasileiro – especialmente através dos julgamentos em que ela é mencionada como parte da argumentação – é necessário, sobretudo, em momentos de tensões entre Poderes e hipertrofia das atribuições do Judiciário. Situações como a proposta de se alterar as prerrogativas de controle de constitucionalidade do Senado, apresentada na supracitada Reclamação nº 4335/AC, excedem limites e devem gerar alerta.

A Constituição Federal de 1988, após décadas de sua promulgação, deve ser um organismo vivo, ligado às demandas modernas da sociedade. Tal característica não invalida, contudo, a vocação de permanência das normas constitucionais. Embora a alteração informal do Texto Constitucional seja aceitável em alguns casos, é necessário haver cautela a obediência aos princípios decorrentes do Constituinte Originário. A estabilidade e a eficácia da Constituição são elementos indispensáveis ao equilíbrio e à consolidação do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABREU, João Paulo Pirôpo de. A autonomia financeira do Poder Judiciário: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos poderes. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2013.

ALVES, Clara Da Mota Santos Pimenta. **Mutação constitucional na era do ativismo: o caso da “objetivação” do controle difuso de constitucionalidade e suas implicações para a democracia**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARAUJO, Luiz Henrique Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos e posteriori. **Rev. Investig. Const.**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 129-150, apr. 2018 available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s2359-56392018000100129&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 3 abr.2021

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em https://www.academia.edu/35156834/NEOCONSTITUCIONALISMO_E_CONSTITUCIONALIZA%C3%87%C3%83O_DO_DIREITO_O_triufo_tardio_do_direito_constitucional_no_Brasil. Acesso em 29 abr.2021

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os direitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 2. Ed. São paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. In: **Migalhas**, fev 2009. disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI77375,81042Judicializacao++Ativismo+Judicial+e+Legitimidade+Democratica>> Acesso em: 10 MAR.2021

BENAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **A Evolução Constitucional no Brasil**. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci_arttext. Acesso em: abr.2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 de abril de 2021

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação Nº 4.335/AC**. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ 1.9.2006. Publicação 22/10/2014

BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. Revista de informação legislativa, v. 33, n. 129, p. 25-43, jan./mar. 1996. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176380>> Acesso em: 19 MAR.2021

BULOS, UADI LAMMÊGO. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Rev. D Atual. ae acordo com a Emenda Constitucional N. 76/2013. SÃO PAULO: SARAIVA, 2014

BULOS, UADI LAMMÊGO . **Mutação constitucional**. São Paulo, SP: Saraiva, 1997

CABRAL, Francisco de Assis. **Controle de constitucionalidade**. 2. ed. São paulo: Saraiva, 2016

CAMPOS, Carlos Alexandre De Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial. Proposta para uma discussão conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 49, n. 193, p. 141-149, jan/mar 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **O Estado de Direito entre o passado e o futuro**. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). O Estado de Direito: história, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRIEDMAN, Lawrence; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **Legal Culture in the Age of Globalization**. Redwood: Stanford University Press, 2003.

GOMES, Luis Flávio Gomes, **“O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?”**. 2006.

GOMES, M. F.; CABRAL, A. L. N. O ativismo judicial norte-americano e brasileiro: características, paralelo, sustentabilidade e influência das decisões ativistas estadunidenses no direito pátrio. **RDD** 2019, 28, 100-110.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na Constituição. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n.º 1, out./dez. 1992.

KMIEC, Keenan D. The Origin And Current Meanings Of “Judicial Activism”. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1441-1477, oct. 2004.

LAPORTA, Francisco J. **Constitución**: problemas filosóficos. Madrid, Espanha: Editora Centro de Estudios Constitucionales, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Saul Tourino, **Ativismo ou altivez?** O outro lado do Supremo Tribunal Federal. Brasília: IDP, 20018. The Supreme Court. Fortune.

MARSHALL, William P. Conservatism and the Seven Sins of Judicial Activism. **University of Colorado Law Review**, n^o 73, 2002.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**.4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

MATTAR Assad, C., & MINAGÉ, T. Mutação constitucional e (in)segurança jurídica. **Revista De Direito Da FAE**, 2(1), 98 – 122, 2020. Disponível em <https://revistadedireito.fae.emnuvens.com.br/direito/article/view/49>. Acesso em abr.2021.

MELO, Teresa. **Mutação constitucional no Brasil e nos Estados Unidos**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/11683885>>. acesso em: nov 2016.

MENDES, Gilmar. **O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/953/r162-12.pdf?sequence=4>>. acesso em: out 2016

MENDES, Gilmar Ferreira; MORAIS Carlos Blanco de. **Mutações constitucionais**. (Série IDP: linha direito comparado). São Paulo: Saraiva, 2016.

PEDRA, Adriano Sant'ana; **As mudanças informais na constituição pela evolução da jurisprudência constitucional: condições e limites.** Editora Podivm – Capítulo I do Livro Separação dos poderes aspectos contemporâneos da relação entre executivo legislativo e judiciário, 2018.

PEDRON, Flávio Quinaud; SILVA, João Paulo Soares e. **Mutação Constitucional: história e crítica do conceito.** Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

PENNA, Maria Cristina Vitoriano Martines. Constitucionalismo: origem e evolução histórica. **RBDC** n. 21 - jan./jun. 2013 – I. Disponível em http://files.camolinaro.net/200000545-6749068436/CONSTITUCIONALISMO_ORIGEM%20E%20EVOLU%C3%87%C3%83O%20HIST%C3%93RICA_M.C.V.M.Penna.pdf. Acesso em 18 abr.2021.

PEREIRA, Alessandra Lopes da Silva. A pandemia de covid-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da corte?. **Direito Público**, [s.l.], v. 17, n. 96, jan. 2021. ISSN 2236-1766. Disponível em: <<https://portal.idp.emnuvens.com.br/direitopublico/article/view/4511>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

ROOSEVELT, Kermit. **The Myth of Judicial Activism.** New Haven: Yale University Press, 2006.

SARMENTO, Leonardo. **Ensaio:** ativismo judicial interpretado à luz da constituição republicana de 1988. JusBrasil, jan. 2015.

SHAPIRO, MARTIN, STONE-SWEET, ALEX. **ON LAW, POLITICS AND JUDICIALIZATION.** NEW YORK, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2002.

SOUZA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A NOVA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O CONTROLE DIFUSO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 53, p. 137-164, 2011. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30764>. Acesso em: 8 abr.2021.

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ESTABELECIDOS PELA CF/88 E O DIREITO DE RESPOSTA COM BASE NA LEI 13.188/2015

LAIANE OLIVEIRA FERNANDES:

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

RESUMO: O presente artigo descreve e faz uma análise sobre os direitos fundamentais, deixando claro como solucionar os conflitos da liberdade de expressão e o direito de resposta com base na lei 13.188/2015, com o objetivo de esclarecer as modificações que surgiram com a regulamentação desse direito. Como metodologia foi realizada pesquisa bibliográfica em doutrinas para garantias e informações de que a liberdade de expressão trás forma independente e sem censura. Abordando também a mudança de paradigma da liberdade de expressão com modelos de sistema a cooperação dos limites a liberdade de expressão impostos pela CF de 88 e os impactos causados a sociedade, destacando-se que o abuso da liberdade de expressão pode entrar em conflito com a Constituição, uma vez que o discurso do ódio vai contra os princípios constitucionais. E Para conclusão do artigo será abordado sobre o contraditório substancial do direito de resposta, como é esclarecido a lei 13.188/2015 e por fim como realmente o direito de resposta e a liberdade de expressão acontecem na prática.

PALAVRAS-CHAVE: liberdade de expressão. direito de resposta. Soluções. modificações.

ABSTRACT: This article describes and analyzes fundamental rights, making it clear how to resolve the conflicts of freedom of expression and the right to reply based on Law 13.188/2015, in order to clarify the changes that emerged with the regulation of this right . As a methodology, bibliographic research was carried out on doctrines for guarantees and information that freedom of expression brings an independent and uncensored form. Also addressing the paradigm shift of freedom of expression with system models, the cooperation of the limits to freedom of expression imposed by the Federal Constitution of 88 and the impacts caused to society, noting that the abuse of freedom of expression can come into conflict with the Constitution, since hate speech goes against constitutional principles. E To conclude the article will be addressed about the substantial contradictory of the right of reply, as the law 13,188/2015 is clarified and finally how the right of reply and freedom of expression actually happen in practice.

KEYWORDS: freedom of expression. right of reply. Solutions. modifications.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. MUDANÇA DE PARADIGMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 2.1 MODELOS DE SISTEMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 2.2 A COOPERAÇÃO DOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO ESTABELECIDOS PELA CF/88. 2.3 IMPACTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 3. POSITIVAÇÃO DO DIREITO DE RESPOSTA

COM BASE NA LEI 13.188/15. 3.1 DIREITO DE RESPOSTA E CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL. 3.2 DIREITO DE RESPOSTA E O QUE A LEI 13.188/2015 ESCLARECE. 3.3 DIREITO DE RESPOSTA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA PRÁTICA. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Liberdade de expressão é o direito de todo e qualquer indivíduo de demonstrar seu pensamento, opinião, atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, sem censura, como assegurado pelo artigo 5º da Constituição Federal.

Muito se discute a importância da liberdade de expressão e o direito de resposta, é notável que os problemas dos limites da liberdade de expressão no mundo atual precisam ser analisados e esclarecidos, visto que a intolerância é crescente na sociedade brasileira.

Portanto nesse artigo iremos abordar os principais tópicos relacionados em como a mudança de paradigma da liberdade de expressão age e que através dela deve analisar os diversos pensamentos de liberdade, e esclarecendo que se pode considerar que a liberdade também possui influência na circunstância em que se foi analisada e o período discutido.

Tendo também como objetivo falar sobre o sistema da liberdade de expressão, seja ela em sentido amplo e estrito, e de que forma acontece uma cooperação dos limites da liberdade de expressão estabelecidos pela CF/88, levando em consideração que essa constituição foi criada com intuito de acabar com a repressão do direito de liberdade, e colocar um fim na ditadura militar que dominava o país e amedrontava a população brasileira. Causando grande impacto que encorajaram a sociedade a grandes mudanças.

O direito de resposta estabelecido em patamar legislativo se desvela relevante sob os aspectos jurídico e social, precisamente porquanto a Constituição Federal de 1988 prescreve, em seu catálogo de **direitos fundamentais**, a **liberdade de manifestação do pensamento** secundada do **direito de resposta proporcional ao agravo experimentado**, sem prejuízo de eventual **reparação por danos de ordem material, moral ou à imagem** (artigo 5º, incisos IV e V).

Além disso, interessante pensar que, ao garantir ao *ofendido* o exercício do direito de resposta ou retificação, sem qualquer ressalva quanto a se tratar de pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a lei em comento enseja, *v.g.*, que uma pessoa política (União Federal, Estado, Município ou Distrito Federal) se insurja em face de um particular (pessoa natural responsável por veículo de comunicação social ou sociedade empresária constitutiva de veículo de comunicação) no exercício de tal direito fundamental, **invertendo por completo o tradicional paradigma liberal dos direitos fundamentais como direitos de amparo do indivíduo em face do Estado**.

Abordando também a positivação do direito de resposta com base na lei 13.188/2015, de como o direito de resposta e contraditório substancial acontecem, explicando como ela se aplica tanto no ramo civil quanto no administrativo. Com base na lei 13.188/2015 foi esclarecido dúvidas e respostas sobre o direito de resposta.

E por fim mostrar exemplos de como a liberdade de expressão e o direito de resposta agem na prática, deixando claro que a lei garante que o direito de resposta pode ser exercido em todos os veículos que tenham divulgado, publicado, republicado ou transmitido aquela matéria inicial, revelando opiniões, sentimentos, ou impressão sobre algo relacionado a liberdade de expressão.

2 MUDANÇA DE PARADIGMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Os paradigmas exigidos pelo “Dicionário da filosofia”, sendo liberdade como carência de condições e limites, liberdade como necessidade, em conformidade com a natureza e liberdade como escolha não foi delimitada por Sócrates, Platão, Jean-Paul Sartre, Karl Marx, Mikhail Aleksandrovitch Bakunin, Guy Debord e Arthur Schopenhauer (ABBAGNANO, 2007, p. 606). A concepção do pensamento partiu de outras presunções, como liberdade absoluta, contestação às autoridades, crítica ao sistema capitalista, considerando a liberdade como algo ilusório.

É fundamental, também, conceituar um pressuposto utilizado por John Locke (1632-1704) acerca da liberdade. Com a expressão:

onde não há lei não há liberdade”, há dois tipos de liberdade: a natural e a civil. Liberdade natural “consiste em estar livre de qualquer poder superior sobre a Terra e em não estar submetido à vontade ou à autoridade legislativa do homem, mas ter por regra apenas a lei da natureza”. Já a liberdade civil “consiste em não estar submetido a nenhum outro poder legislativo senão àquele estabelecido no corpo político mediante consentimento, nem sob o domínio de qualquer vontade ou sob a restrição de qualquer lei afora as que promulgarem o legislativo. (LOCKE, 1998, p. 135).

Ao observar os diversos pensamentos de liberdade acima, pode-se considerar que a liberdade também possui influência na circunstância em que se foi analisada e o período discutido. Na filosofia grega, por exemplo, os pensamentos de Sócrates e Platão presumiram liberdade a partir da pesquisa da autoridade do Estado na época e sua liberdade individualizada. Santo Tomás de Aquino e Santo Agostinho, no período cristão, interpelaram liberdade sob a ótica de Deus, e Karl Marx e Guy Debord realizaram uma crítica aos sistemas político-econômicos. A filosofia ficou frisado como um ponto crucial

no desenvolvimento da liberdade na sociedade e no indivíduo, com uma possível definição da liberdade, de forma subjetiva (SÉRGIO, 2017, *online*).

Os direitos fundamentais para o Realismo Jurídico norte americano é uma elevação histórica da humanidade. Há uma conduta na contextualização filosófica que descreve a relatividade do significado de liberdade entre os filósofos, considerando o período e as circunstâncias em que se encontravam. Com os direitos fundamentais não é divergente, ao qual deve ser analisado a época e o lugar em que foi intitulado. João Trindade cita, como exemplo, a França, contrapondo com o atual conceito de direito fundamental: "Na França da Revolução, por exemplo, os direitos fundamentais podiam ser resumidos a liberdade, igualdade e fraternidade; hoje em dia, porém, o conceito de direitos fundamentais alcança até mesmo questão inimaginável naquela época, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, caput)" (CAVALCANTE FILHO, 2011, p. 5-6).

Norberto Bobbio também estabelece que direito fundamental é uma construção histórica:

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas (BOBBIO, 1992, p. 5).

2.1 Modelos de sistema da liberdade de expressão

Tal sistema consiste, em sentido amplo, num conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação, que compreende a liberdade de expressão em sentido estrito. Diferentemente da teoria da verdade que entende a liberdade de expressão como um instrumento para maximizar o acesso à verdade, a teoria da autonomia entende que a liberdade de expressão é necessária e valiosa por si só.

Também chamada de teoria constitutiva, essa visão foi arduamente defendida por Ronald Dworkin em diversas passagens de sua obra. Para esse autor não é possível existir o respeito da igualdade e da democracia se não há uma participação de todos na formação do juízo moral da sociedade. A liberdade de expressão é, por isso, a única forma de garantir igualdade civil em uma sociedade democrática.

Ao estender proteção da liberdade de expressão a todo discurso que possibilite a independência moral, a teoria constitutiva abarca também as ideias veiculadas nas artes,

em debates sobre questões sociais e pessoais, que de outro jeito ficariam sujeitas a interferência e restrições.

Nesse ponto, Dworkin defende que sua teoria é também a mais estável, pois, enquanto a justificativa instrumental protege o discurso pelo resultado da proteção, a teoria constitutiva defende o discurso por si, o que impede qualquer forma de ponderação. Em outros termos, como observou Susan J. **Brison (1998)**, a teoria da autonomia é uma teoria “anti-consequencialista”, ao contrário da teoria da verdade e a teoria democrática, já que estas fundamentam a proteção da liberdade de expressão na crença de que a proteção do discurso pode trazer benefícios para a sociedade, enquanto a restrição traz resultados indesejados. Dessa maneira, nas teorias que têm como base a proteção do discurso pelos seus resultados, ou seja, pelas suas consequências positivas ou negativas, o discurso não tem valor próprio, mas um valor reflexo: seu valor depende do resultado que a regulação ou proteção tem para sociedade. Nesse sentido, a ponderação poderia levar a restrição do discurso, caso se entendesse que os resultados dela decorrentes sejam mais benéficos.

Dworkin rejeita essas consequências. Para ele a liberdade de expressão tem um valor próprio, que é crucial para a definição do agir moral inerente à democracia. Não é possível construir a igualdade, muito menos a democracia, se não há a participação de todos na formação da conduta moral. Dessa forma, a liberdade de expressão não se mostra apenas como um instrumento destinado a construir a independência moral dos cidadãos; ela é o fator necessário e constitutivo dessa possibilidade. Existem, portanto, duas condições para que haja uma sociedade democrática: primeiro, os indivíduos devem ser agentes morais independentes; segundo, como decorrência direta da primeira condição, o governo deve tratar os cidadãos como agentes morais independentes. Dessas condições Dworkin retira as seguintes consequências:

Uma comunidade política genuína deve, portanto, ser uma comunidade de agentes morais independentes. Não deve ditar o que seus cidadãos pensam sobre questões de julgamento político, moral ou ético, mas deve, pelo contrário, fornecer circunstâncias que os encorajem a chegar a crenças sobre esses assuntos por meio de sua própria convicção reflexiva e finalmente individual. (**DWORKIN, 2005**, p. 26).

2.2 A cooperação dos limites da liberdade de expressão estabelecidos pela CF/88

A Constituição de 1988 foi formada com intuito de acabar com a repressão do direito de liberdade, e colocar um fim na ditadura militar que dominava o país e amedrontava a população brasileira. Segundo Pimenta (2007 p.83), “a Constituição brasileira de 1988 representa importante marco da história democrática recente do país, a

qual contou com ampla participação popular”. Dentro do mesmo contexto, foi a primeira vez na história do país que a população cooperou verdadeiramente da confecção da Constituição. Em frente da divulgação direta de propostas, a população assistiu da tribuna do plenário da Câmara os trabalhos dos constituintes. De acordo com Silva (2012 p.38), “a constituição brasileira 1988 abraçou os direitos humanos, consagrando-os principalmente na parte de direitos e garantias fundamentais, mas, também se faz presente em outros títulos da carta maior”. Diante do fato discorrido é importante lembrar que a responsabilidade do povo com os Direitos Humanos foi tão evidente, que hoje nota-se sua solidificação no princípio de diversas constituições, inclusive a brasileira que certificou completamente a defesa aos direitos primordial do homem.

A Constituição brasileira vigente, é filha autêntica do constitucionalismo que orienta o poder constituinte a apreciar “o humano” que há no ser racional com o máximo de preceito e cuidado possível. Predominando pela positivação, mas ao mesmo tempo evitando correr o risco da dependência extrema do positivismo, o constitucionalismo vocacional o poder constituinte para o estabelecimento de valores gerais que não somente guiam a ordem jurídico-política, mas que efetivam, mesmo que não haja positivação. Em virtude das imposições mencionadas na Constituição de 1988, a sociedade brasileira foi beneficiada com a criação dos Direitos Humanos que concede aos cidadãos amparo perante as suas necessidades básicas e essenciais para a sua dignidade.

Segundo Lellis et al (2013, p.44) um “olhar atento a constituição vigente aponta que a liberdade está prevista em seu conteúdo como o um princípio geral que se ramifica em várias espécies, cada qual se desdobrando numa variedade de vertentes”.

No mesmo âmbito pode-se reforçar que perante lei todos são iguais, sem discernimento de raça ou cor, e assegura a todos residentes no país direito a vida, liberdade, igualdade e segurança. A liberdade de expressão é um dos direitos mais eminentes pela Constituição Federal sendo resultante do direito a manifestação do pensamento. A liberdade de expressão é assunto abrangente, ou seja, um instrumento para a democracia, na medida que permite a vontade da população ser formada através de opiniões.

2.3 Impactos da liberdade de expressão

A defesa constitucional a liberdade de expressão representa uns dos pontos mais importantes consagrados pela Constituição Federal de 1988, uma vez que possibilitou a construção de um ambiente marcado pela pluralidade política, religiosa e cultural, possibilitando a criação de uma sociedade de diversos pontos de vista, pois todos têm liberdade para falar o que quiser, porém, precisam responder legalmente por suas palavras, principalmente nos casos em que houver calúnia, injúria e/ou difamação.

O direito de se expressar não indica que não haja imposição de limites éticos e morais. Assim, a calúnia não é permitida, bem como atos de injúria, pois desta forma há direitos que deixariam de ser preservados. A preservação dos direitos de expressão deve ser assegurada em qualquer meio de comunicação, incluindo a Internet. A informalidade não deve significar a liberdade total para se dizer o que se quer e ofender as pessoas, causando danos morais. Desse modo Badeni ressalta que:

É evidente que o reconhecimento legal da liberdade de expressão do pensamento configura uma das conquistas mais importantes que o homem obteve em sua permanente luta pela dignidade. Com maior razão em um sistema democrático constitucional, que pressupõe a coexistência de uma pluralidade de opiniões na sociedade, de diversos conceitos, juízos e ideias (BADENI, 2002, p.15).

A troca de ideias, das discussões e do diálogo causou grande impacto e encorajam a sociedade à mudança. Além do que, a liberdade de expressão limita o abuso de poder. Dessa forma, os regimes autoritários são os primeiros a repreender os meios de comunicação e vigiar os locais de produção de ideias como universidades e escolas. Farias salienta ainda que:

Se a liberdade de expressão e de informação, nos seus primórdios, ligada à dimensão individualista da manifestação livre do pensamento e da opinião, viabilizando a crítica política contra o ancien regime, a evolução daquela liberdade operada pelo direito/dever à informação, especialmente com o reconhecimento do direito ao público de estar suficientemente e corretamente informado; àquela dimensão individualista-liberal foi acrescida uma outra dimensão de natureza coletiva: a de que a liberdade de expressão e informação contribui para a formação da opinião pública pluralista – está cada vez mais essencial para o funcionamento dos regimes democráticos, a despeito dos anátemas eventualmente dirigidos contra a manipulação da opinião pública (FARIAS, 2000, p.166-167).

No Brasil, a liberdade de expressão era agraciada nas três primeiras constituições até a outorgação da Constituição de 1937. Nessa altura, tem início o momento de censura com Getúlio Vargas. Contudo, a constituição seguinte, a de 1946, volta avigorar os direitos e a liberdade individual dos cidadãos. Na Constituição de 1967, a democracia volta a deixar o seu lugar para o autoritarismo e a centralização do poder iniciado com o Golpe de 1964. A censura dos meios de comunicação é uma das bases que integram o AI 5 - Ato Institucional n.º 5 decretado em 1968. Finalmente, na Constituição de 1988, o direito à liberdade de expressão foi restituído. É nessa altura, após o fim da ditadura, que a censura

foi renegada, conforme pode ser lido no parágrafo 2.º do artigo 220: "*É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.*"

3 POSITIVAÇÃO DO DIREITO DE RESPOSTA COM BASE NA LEI 13.188/2015

O direito de resposta se surge na ação de replicar ou de retificar matéria publicada e é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, à luz do mecanismo no artigo 5º, V, da Constituição Federal. Essa regra, por sinal, é de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, consoante ensinou José Afonso da Silva, onde se tinha a expressão "norma de pronta aplicação". Entende-se que o direito de resposta é garantido mesmo sem uma lei de imprensa, como ensinou o Ministro Celso de Mello, no julgamento do RE 683.751. Com isso se quer dizer que a Constituição assegura o direito de resposta, equivalente ao agravo, proporcionando ao cidadão um instrumento de grande utilidade. Nas palavras de Sérgio Suiama, ele afirma que:

Em nossa tradição jurídica, o direito de resposta tem sido considerado, primordialmente, uma garantia individual, destinada à proteção da honra da pessoa física ou jurídica. "[...] Pois bem. O art.5º, inciso V, da Constituição da República estabelece que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". O termo "agravo", nos diz o dicionário, significa dano, prejuízo, ofensa. O legislador constituinte não apôs nenhum complemento à palavra; assim, não há razão para se entender que o agravo causado pelo abuso do direito de comunicação deva estar restrito à honra ou à imagem da pessoa. (SUIAMA, 2002, p. 6-7).

Determina o artigo 4º da Lei 13.188/15, que determina o chamado direito de resposta. Ou seja: o direito de resposta precisará vir dentro dos limites traçados na proporcionalidade da inverdade proferida, da notícia inverídica, de sorte que deverá ser dado a ela o mesmo destaque da notícia que movimentou o agravado a respondê-la. Como tal, proíbe-se o excesso. Ela deve completar um espaço necessário, usando os mesmos veículos que a imprensa utilizou para divulgar a notícia que se tem como não verdadeira em sua substância e forma.

Vai a nova lei na mesma linha da Lei de Imprensa brasileira, examinado pelo Supremo Tribunal Federal, no final de abril de 2009, como não recepcionada pela Magna Carta de 1988, que portava em seu bojo capítulo específico acerca do direito de resposta, em que perfilhava-se a uma posição intermediária aos dois sistemas citados acima, posto que o objeto do direito de resposta podia ser desenvolvido por qualquer tipo de manifestação da imprensa, afirmação de fato, juízo de valor ou opinião, desde que

contivesse ofensas ou referência a fato inverídico ou errôneo. Na lição de Vital Moreira, tem-se:

O direito de resposta consiste essencialmente no poder, que assiste a todo aquele que seja pessoalmente afectado por notícia, comentário ou referência saída num órgão de comunicação social, de fazer publicar ou transmitir nesse mesmo órgão, gratuitamente, um texto seu contendo um desmentido, rectificação ou defesa. Visto do outro lado, ele define-se como a obrigação que todo o meio de comunicação social tem, de difundir, no prazo e condições estabelecidas na lei, a rectificação ou refutação que a pessoa mencionada, prejudicada ou ofendida numa notícia ou comentário julgue necessária para os corrigir ou rebater. (Vital Moreira, O direito de resposta na comunicação social, Coimbra 1994, pág. 10).

Deste modo, pode-se observar que o direito de resposta exprime um *direito de acesso* do cidadão aos órgãos de comunicação social, no intuito de ter levado a público, pelos mesmos meios de propagação, a sua resposta em face daquela informação veiculada. É uma forma de direito que uma pessoa tem de se proteger de críticas públicas no mesmo meio em que foram publicadas. Ao se ofertar uma resposta, apresenta-se um esclarecimento quanto à notícia publicada pela imprensa.

Dita a lei que caso o veículo de comunicação social o quem por ela responda não externar, publicar ou transmitir a resposta ou retificação no prazo de sete dias, contado do recebimento do específico pedido, que deve ser exercido, em prazo decadencial de 60 dias, contado da data de cada divulgação, publicação ou transmissão da matéria ofensiva, mediante correspondência com aviso de pessoa jurídica recebimento encaminhada diretamente ao veículo de comunicação ou, inexistindo constituída, a quem por ele responda (artigo 3º), ficará caracterizado o interesse jurídico (necessidade e utilidade do pleito) para a propositura de ação judicial. Tratar-se-ia de condição de procedibilidade para a ação a ser proposta, mas atende-se que, no caso de divulgação, publicação ou transmissão continuada ou ininterrupta da mesma matéria ofensiva, o prazo será contado da data em que se iniciou o agravo (artigo 3º, § 3º). Por fim destaca-se que a mídia tem feito julgamentos ao mencionado prazo de 24(vinte e quatro) horas, já citado, para o juiz mandar citar o acusado para o exercício de seu ônus processual.

3.1 direito de resposta e contraditório substancial

Pode-se dizer que o princípio do contraditório provém diretamente do princípio do devido processo legal. Deste modo, de forma recente, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu art. 5º, inciso LV, a positivação do princípio do contraditório como percebemos, de forma geral e suprema, aplicando-se tanto no ramo civil, quanto no

administrativo, inovando a forma com que se vê e estuda o processo civil moderno, algo que até então não tinham sido objeto de positivação.

As Constituições anteriores atuavam tão somente de maneira superficial, entretanto, importante ressaltar que mesmo diminuta e restrita, a previsão expressa junto à emenda constitucional da Constituição de 1967, conhecida também como Carta Magna de 69, que atuava sobre o tema em seu art. 153, §§ 15 e 16, abordando que seria assegurado à instrução criminal a ampla defesa e o contraditório, no que concernir ao crime e a pena, salvo nos casos em que agravar a situação do réu. Como ensina Amaral de Souza:

O processo deve seguir à risca o que a Constituição Federal para ele estabeleceu, principalmente no que se refere à tutela dos direitos fundamentais: imunizar e reparar, quando preciso, o direito [...] de acordo com os preceitos e valores inseridos na Constituição Federal. (2008, p. 104).

O contraditório aparece, então, como princípio constitucional que visa a efetivação da busca por justiça, em que cada parte no processo tem o direito de ser ouvida, de se manifestar e de ser advertida de todos os atos processuais para que assim, possam exercer sua plenitude de defesa, seja através de incidentes processuais, produção de provas e até mesmo nas razões de convicção do juiz, impondo a condução dialética do processo.

O Supremo Tribunal Federal compreende que o contraditório se desdobra nos seguintes direitos que são assegurados às partes: a) direito de informação, que obriga o julgador a informar a parte contrária todo a ação praticada no processo, com explicação de seus elementos; b) direito de manifestação, que assegura ao litigante a possibilidade de manifestar-se sobre os elementos fáticos e jurídicos incessantes do processo; c) direito de ver seus argumentos considerados, que exige do julgador a capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas.

Theodoro Júnior (2014, p. 172), vai dizer que “ao juiz incumbe não só o dever de tomar conhecimento, como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas”. Da mesma forma, de nada evolui as partes serem ouvidas e apresentarem suas provas e defesas se o julgador não as analisa de forma exaustiva. O julgador deve exaurir o debate, cogitar o processo, verificando e formulando as suas razões de decidir, de forma ou a acolher as argumentações de uma das partes ou a rejeitá-las, dando, pois, um concreto provimento jurisdicional.

O contraditório vem com o propósito não somente de garantir às partes a bilateralidade da audiência, mas assegurar o direito disponível das partes de expressar sua irresignação para com as argumentações da parte contrária, de igual para igual, sem que haja discriminação quanto ao direito de expor o ponto de vista controvertido, quanto na

possibilidade de convencimento do magistrado. Isto é, o contraditório não somente passa a existir de forma mais veemente, como também se associa a direitos e garantias fundamentais, como o princípio da isonomia, liberdade de expressão e admissão à informação, direito à segurança e até mesmo ao direito de acesso à justiça garantido aos indivíduos componentes de um Estado Democrático de Direito. Vale prever que, o princípio do contraditório, apesar de ser uma garantia constitucional, seu exercício não é obrigatório, ou seja, as partes podem optar por não o exercer. Trata-se, dessa forma, de um direito disponível, no qual o seu exercício não pode ser feito de forma coercitiva pelo Estado.

Entretanto, como bem leciona Theodoro Júnior:

Quando se afirma o caráter absoluto do princípio do contraditório, o que se pretende dizer é que nenhum processo ou procedimento pode ser disciplinado sem assegurar às partes a regra de isonomia no exercício das faculdades processuais. (...) Não pode o juiz conduzir o processo sem respeitar o contraditório; à parte, entretanto, cabe a liberdade de exercitá-lo ou não, segundo seu puro alvedrio. Ninguém é obrigado a defender-se. O direito de participar do contraditório é, nessa ordem, disponível. Logo, mesmo quando o juiz o desobedece, cometendo cerceamento de defesa, o processo ficará passível de nulidade. (Theodoro Júnior, 2014, p. 172).

3.2 Direito de resposta e o que a lei 13.188/2015 esclarece

A **lei nº 13.188/2015** **clarifica** que o direito de resposta é o direito que a pessoa ofendida por alguma publicação tem de requerer que aquele que publicou a matéria ofensiva publique também uma resposta equilibrada, na qual é contada a versão do ofendido. Tal direito é prenunciado na Constituição Federal, que dispõe, em seu art. 5º, inciso V, que “é assegurado o **direito de resposta**, ajustado ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

contudo, a Constituição não esclarece em quais casos e de que forma tal direito pode ser exercido. Porém nem sempre foi assim. Até 2009, esse direito era regulamentado pela Lei de Imprensa. Todavia, após a lei ter sido conceituada inconstitucional pelo STF, a questão ficou sem regulamentação, o que causou durante muito tempo grande insegurança jurídica a respeito de sua aplicação. Foi para compor essa lacuna que veio a Lei nº 13.188/2015.

Por **comunicação social**, entende-se o processo de propagar a informação de um emissor para vários receptores. Assim, como exemplo de **veículos** de comunicação social, podemos salientar: o jornal, a televisão, o rádio e a internet. Aliás, com relação à internet, é significativo destacar que a lei expressamente excluiu “os **comentários** realizados por

usuários da internet nas páginas eletrônicas” (art. 2º, § 2º). A lei bem como estabelece, no § 1º do art. 2º, que há direito de resposta quando o assunto da publicação atentar “ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação”. Importante frisar que nas palavras de germano:

O direito de resposta, cuja origem ideológica remete-se à Revolução Francesa, é uma conquista da democracia, estruturada a partir do Direito. Aliás, trata-se de uma das descobertas jurídicas mais festejadas, principalmente quando se propõe o estudo dos direitos fundamentais relacionados à liberdade de expressão, de comunicação, de informação e de imprensa. É um meio célere e não oneroso, o qual dispensa a propositura de qualquer ação perante o Poder Judiciário para que seja exercido, salvo diante de resistência administrativa injustificada. Através do exercício do direito de resposta, alguém, atingido por uma notícia, informação ou expressão disseminada de maneira pública ou mesmo restrita, poderá oferecer a sua contraposição, ensejando, com isso, um equilíbrio de forças na realização dos misteres fundamentais e democráticos. (GERMANO, 2011, p. 189).

coerente, no entanto, que o que gera o direito de resposta **não é apenas o fato de se sentir ofendido**, pois a Constituição Federal também sustenta a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, que compreendem também o direito de publicar tudo que alguém por ventura não queira que seja publicado – pois, caso fosse possível publicar apenas o que não é passível de causar aborrecimento, o termo “liberdade” não teria o menor sentido aqui.

Assim, para que haja o direito de resposta, não basta um reles incômodo ou desgosto por uma publicação, mas sim uma verdadeira **lesão a direito** – o que, dada a subjetividade da questão, deve ser estudado caso a caso. Além disso, tendo em vista que, de acordo com o previsto na Constituição, o direito de resposta deve ser **proporcional**, a lei prevê que a resposta deve receber o **mesmo** destaque, publicidade, periodicidade e dimensão da matéria que a ensejou. Ademais, a resposta deve ser disseminada de forma **gratuita**.

Importante salientar que uma eventual indenização por dano moral causado pela matéria gravosa deverá ser pleiteada em ação separada, tendo em vista que a ação prevista na Lei nº 13.188/2015 é uma ação de rito especial cujo objeto essenciais é o direito de resposta.

No entanto, o direito de resposta apresenta-se como uma boa opção para quem se sentir lesado por uma publicação, pois, para além de uma eventual compensação financeira, é um meio de se buscar uma **efetiva reforma** do dano causado, possibilitando ao ofendido divulgar a sua versão dos fatos.

3.3 Direito de resposta e liberdade de expressão na prática

Imagine que um jornal impresso da sua cidade tenha publicado uma matéria citando seu nome em uma situação equivocada, que prejudica sua reputação perante a sociedade. Segundo a nossa legislação, você tem direito de exigir que o mesmo jornal publique uma retratação, corrigindo a informação equivocada sobre você. É essa possibilidade de exigir, legalmente, que o veículo de comunicação conceda um espaço para você se defender, contar sua versão da história, que chamamos de direito de resposta. A publicação da sua resposta deve ser feita de forma gratuita, ou seja, o veículo de comunicação não pode cobrar de você qualquer compensação financeira pelo espaço.

Mais de um veículo de comunicação partilhou aquela mesma matéria que ofende a sua imagem? A lei garante que o direito de resposta pode ser exercido em todos os veículos que tenham divulgado, publicado, republicado ou transmitido aquela matéria inicial. O direito de resposta se refere ao veículo de comunicação social e não ao sujeito que publicou a matéria. Caso a questão ofensiva tenha sido publicada por um autor assumido em um grande jornal impresso, o direito de resposta deve ser concedido pelo veículo de mídia que veiculou o conteúdo, não pela pessoa que proferiu a ofensa. Para moreira:

O Direito de resposta consiste fundamentalmente numa pretensão de acção por parte das pessoas a quem um órgão de comunicação social tenha ofendido ou a respeito de quem tenha ofendido ou a respeito de quem tenha feito referências de facto inverídicas (MOREIRA, 1994, p.15).

Já na liberdade de expressão se trata de um ato de revelar uma opinião, um sentimento, uma impressão sobre algo. Expressa-se de maneira espontânea ou milimetricamente calculada e, independentemente da forma, sempre se transmite uma mensagem, por exemplo uma pessoa tem a liberdade de expressar sua opinião sobre alguém. Mas, se o fizer de forma difamatória, terá infringido o direito à honra dessa pessoa. Outra situação seria: através de palavras ou atitudes, fazer apologia ao crime organizado ou incito a violência. Então, incursa nesses tipos penais, o excesso na liberdade de expressão deve ser combatido através da legislação criminal que de fato prevê tais atitudes como crime.

Fora da esfera penal, pode ser também que certas atitudes gerem danos a alguém e, caso seja constatada a conduta culposa e com nexo de causalidade em relação ao dano, será condenada a indenizar essa vítima. Nesse sentido, o limite da liberdade de expressão séria, na verdade, **a responsabilização por eventuais condutas ensejadoras de dano na esfera cível ou criminal**. Não há que se falar em um limite prévio, uma proibição da renúncia de alguma conduta, um limite propriamente dito à possibilidade de se expressar. Nisso Souza aborda a ideia de que:

consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento (na fórmula do art. 11º da Declaração francesa dos direitos do homem de 1789: a livre comunicação de pensamentos e opiniões). Não se trata de proteger o homem isolado, mas as relações interindividuais ('divulgar'). Abrangem-se todas as expressões que influenciam a formação de opiniões: não só a própria opinião, de caráter mais ou menos crítico, referida ou não a aspectos de verdade, mas também a comunicação de factos (informações) (SOUSA, 1984, p.137).

CONCLUSÃO

Levando-se em consideração esses aspectos, pode concluir que a liberdade de expressão é considerada, por excelência, pilar de uma sociedade justa, cuja função precípua é viabilizar e efetivar a democracia em seus mais variados âmbitos. É inequívoco o seu grau de relevância, entretanto, seu uso deve ocorrer de forma disciplinada e responsável, não prejudicando o âmbito alheio. cabe frisar também que na legislação brasileira não se localiza nenhuma lei ou ato normativo que proíba o discurso do ódio. Portanto é necessário evidenciar que a Constituição assegura a liberdade de expressão como direito concedido a qualquer cidadão para expor seu pensamento, palavras e opiniões, porem este comportamento deve ser preservado dentro da nossa democracia para então não gerar conflitos.

Diante disso não é admissível permitir que um discurso do ódio possa denegrir determinados grupos, em razão de religião, raça, etnia ou qualquer outra dimensão. Cada pessoa, em sua categoria, pertencendo a determinado grupo ou não, possui tanto valor quanto outra pessoa o proveniente de diferentes contingências. Torna-se necessário portanto assegurar que o sistema democrático da diversificação e da liberdade de expressão exige, uma discussão ampla e aberta, na qual ordena a convivência pacífica de todas as ideias, ideologias e opiniões.

Assim, em consequência dessa ampla proteção, o estado busca prover uma sociedade justa e fraterna, cujos indivíduos possam estabelecer, irrestritamente, as relações sociais, seja a convivência com vizinhos, seja na redação e veiculação de um jornal

impresso. Para tanto, instrumentos normativos são atribuídos a conter excessos, não implicando em ameaça ou cerceamento de direitos e liberdades, buscam apenas garantir o uso racional destes, tutelando direitos personalíssimos, tais como a honra.

Já no direito de resposta ficou coerente o direito que a pessoa insultada por alguma publicação tem de requerer que aquele que publicou a matéria ofensiva publique também uma resposta harmônica, na qual é contada a narração do ofendido.

Dado o exposto fica a conclusão que o direito de resposta é uma boa opção para quem se sentir lesado por uma publicação, pois, para além de uma eventual compensação financeira, é um meio de se catar uma **efetiva reparação** do dano causado, possibilitando ao ofendido divulgar a sua versão dos fatos. Evidente, no entanto, que o que gera o direito de resposta **não é unicamente o fato de se sentir ofendido**, pois a Constituição Federal também assegura a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, que abrangem também o direito de publicar aquilo que alguém por ventura não queira que seja publicado pois, caso fosse possível publicar apenas o que não é apto de causar incômodo, o termo "liberdade" não teria o menor sentido aqui. Desta maneira, para que haja o direito de resposta, não basta um mero incômodo ou desgosto por uma publicação, mas sim uma verdadeira **lesão a direito** o que, dada a subjetividade da questão, deve ser analisado caso a caso para que não aja tais conflitos para ambos os lados.

Além disso, tendo em vista que, de acordo com o que está previsto na Constituição, o direito de resposta deve ser **proporcional**, a lei prevê que a resposta deve receber o **mesmo** destaque, publicidade, periodicidade e extensão da matéria que a ensejou. Ademais, a resposta deve ser transmitida de forma **gratuita**.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *O Dicionário da filosofia* / Alude três significados fundamentais de liberdade. 2007.

BADENNI, G. Tratado de Liberdade de Prensa. Buenos Aires. 2002.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOMTEMPO BOTTI, Flávia. Principais aspectos jurídicos da liberdade de expressão. Disponível em <https://www.aurum.com.br/blog/liberdade-de-expressao/>; 29 abr 2021

BEZERRA, Juliana. Liberdade de expressão. Disponível em [https://www.todamateria.com.br/liberdade-de-expressao/#:~:text=A%20troca%20de%20ideias%2C%20das,ideias%20como%20universidades%20e%20escolas](https://www.todamateria.com.br/liberdade-de-expressao/#:~:text=A%20troca%20de%20ideias%2C%20das,ideias%20como%20universidades%20e%20escolas;); 6 setembro 2019

CATIB DE LAURENTIIS, Lucas. ALONSO THOMAZINE, Fernanda. Liberdade de expressão: teorias, fundamentos e análise de casos. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rdp/a/XjtMWwY7WnnnvZg4Q7mgX3G/?lang=pt#>; 16 nov 2020

CARREIRÃO. ADVOCACIA, Dal Grande. Direito de resposta: como funciona? Disponível em <https://carreiraodalgrande.jusbrasil.com.br/artigos/366454662/direito-de-resposta-como-funciona#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA%2013.188%2F2015%20prev%C3%AA%2C%20em%20seu%20art.&text=Al%C3%A9m%20disso%2C%20tendo%20em%20vista,da%20mat%C3%A9ria%20que%20a%20ensejou; 2016>.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo, 2005.

FARIAS, Edilsom Pereira. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. Porto Alegre, 2000.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. Direito de Resposta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

LOCKE, John. **Dos tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins fontes, 1998.

MOREIRA, Vital. O direito de resposta na comunicação social. Coimbra: ed. Coimbra Editora, 1994.

REGINA, Maria. SOUZA, Isabela. Inciso v – direito de resposta “É assegurado direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Disponível em <https://www.politize.com.br/artigo-5/direito-de-resposta/#:~:text=O%20direito%20de%20resposta%20%C3%A9%20uma%20garantia%20constitucional%20que%20assegura,social%20ou%20comunica%C3%A7%C3%A3o%20em%20massa; 13 de junho 2019>

ROGÉRIO, Marcio. LINS, Maíke. Liberdade de expressão à luz da constituição federal de 1988. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/55573/liberdade-de-expressao-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988; 02/2017>

RODRIGUES, Andressa. Liberdade de expressão nas redes sociais e o conflito do hate speech. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/internet-e-informatica/liberdade-de-expressao-nas-redes-sociais-e-o-conflito-do-hate-speech/; 01/dezembro,2020>.

SÉRGIO, Gabriel. **O conceito de liberdade segundo a filosofia**. 2017. Disponível em: <https://socientifica.com.br/2018/02/22/o-conceito-de-liberdade-segundo-filosofia/>.

SOUSA, N. A liberdade de imprensa. 1ª ed. Lisboa; Coimbra: Coimbra, 1984.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. A Voz do dono e o dono da voz: o direito de resposta coletivo nos meios de comunicação social. ESMPU, Brasília, out./dez. 2002.

TADEU ROMANO, Rogério. Alguns aspectos processuais de destaque com relação a lei do direito de resposta. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/44593/alguns-aspectos-processuais-de-destaque-com-relacao-a-lei-do-direito-de-resposta;11/2015>.

Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – *Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento* – vol. I – Humberto Theodoro Júnior – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

HENRIQUE BAPTISTA, Adriano. O princípio do contraditório substancial à vista do novo código de processo civil; disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-principio-do-contraditorio-substancial-a-vista-do-novo-codigo-de-processo-civil/amp/>; 1 de março de 2016.

MULHERES TRANSGÊNERO E TRANSEXUAIS EM RELAÇÃO A LEI MARIA DA PENHA

FABIANE CRISTINA CAVALCANTE SILVÉRIO DE LIMA:

Discente do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientador)

RESUMO: As mulheres transgênero e transexuais, são consideradas mulheres perante a sociedade, porém não recebem o mesmo tratamento em se tratando de violência doméstica, física e moral. Portanto esse artigo tem por escopo discutir a aplicabilidade dos dispositivos da Lei Maria da Penha às transexuais femininas que sejam vítimas de violência doméstica e familiar, na reflexão como fazer a lei chegar aos que mais necessitam e com ênfase se há igualdade para as mulheres transgêneros em se tratando de violência doméstica, buscar se de alguma forma há realmente a igualdade de gênero tanto buscada por essa classe tão discriminada da sociedade. Esta pesquisa buscar encontrar se há de alguma forma a igualdade dessas mulheres também vítima de violência física e psicológica, nesse sentido, entende-se ser perfeitamente viável a aplicação da Lei Maria da Penha para a proteção de transexuais vítimas de violência doméstica e familiar, desde que devidamente operadas e com a realização da alteração do sexo no registro civil. Vamos então a partir daqui chamar a atenção para a violência sofrida por essas mulheres, que tem garantidos direitos a casamento, a adoção, mas no entanto, o poder judiciário é reticente ainda quanto ao enquadramento jurídico das mulheres transgênero e transexuais, direitos esse elencados na lei Maria da Penha.

Palavras-Chave: Direito das Mulheres transgênero e transexuais. Reconhecimento na Lei Maria da Penha. Igualdade de gênero.

ABSTRACT: Transgender and transsexual women are considered women in society, but do not receive the same treatment when it comes to domestic, physical and moral violence. Therefore, this article aims to discuss the applicability of the provisions of the Maria da Penha Law to transgender women who are victims of domestic and family violence, in the reflection on how to make the law reach those who need it most and with emphasis on whether there is equality for transgender women in dealing with domestic violence, to seek whether in some way there is really gender equality so sought by this so discriminated class of society. This research seeks to find out if there is in some way the equality of these women who are also victims of physical and psychological violence. In this sense, it is understood that it is perfectly feasible to apply the Maria da Penha Law for the protection of transsexuals who are victims of domestic and family violence, as long as they are properly operated and with the realization of the sex change in the civil registry. From here on we

will call attention to the violence suffered by these women, who have guaranteed rights to marriage and adoption, but the judiciary is still reticent about the legal framework of transgender and transsexual women, rights listed in the Maria da Penha Law.

Keywords: Transgender and Transsexual Women's Rights. Recognition in the Maria da Penha Law. Gender Equality

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, garante que todas as pessoas devem ser tratadas com igualdade, independente de sua raça, cor, religião, mas no entanto sabemos que isso não acontece na realidade.

Nascemos e crescemos, sendo ensinados desde cedo, o que quer dizer ser homem e mulher, e devido a criação patriarcal, as mulheres desde cedo tem que aprender a ser donas de casa obedientes e submissas a seus pais quando crianças e maridos na vida adulta. Dizemos isso sem intenção de sermos feministas ou machistas, somente essa é a conclusão chegada através do conhecimento da história.

Traremos nesse estudo os direitos das mulheres, nascidas mulheres, e o por que as que, mesmo que não fisicamente, mas internamente nascem mulheres, sofrem os mesmos pesares e violências e não usufruem perante a justiça esse direito tão simples, que é o direito ser mulher livre e viver sem violência.

2 A LEI MARIA DA PENHA

A constituição Federal, em seu artigo 5º, determina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, diz ainda que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações e que a lei deve punir qualquer discriminação aos direitos e liberdades fundamentais.

A lei 11.340, foi denominada Lei Maria da Penha, em homenagem a biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, foi promulgada em 07 de agosto de 2006 e em vigor desde setembro do mesmo ano.

Tem como objetivo proteger a mulher da violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8 do artigo 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de violência contra a mulheres de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção as mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Vítima em situação de vulnerabilidade em relação ao agressor, este não necessariamente precisar ser o marido, podem ser os pais, ou qualquer pessoa que tenha convivência contínua, como até mesmo colegas de trabalho.

A lei impede, por exemplo, o encaminhamento do processo ao Juizado Especial, onde muitos dos casos acabam com o agressor pagando cestas básicas. Entre outros direitos especiais da Lei, estão a exigência da abertura de processo em caráter urgente, a inclusão da mulher em serviços de proteção, garantia de acompanhamento policial à sua residência e também o Juiz pode impor restrições ao agressor, afastando da mulher e dos filhos.

A lei serve para todas as pessoas que se identificam com o sexo feminino, deveria, portanto, ser de direito para as mulheres que não nasceram mulheres, mas assim se identificam e se portam como tal.

O artigo 7º da Lei nº 11.340/2006 traz um rol explicativo das diversas violências sofridas pelas mulheres, como violência física, psicológica, sofrem desprezo por seus familiares, sofrem até mesmo violência sexual, moral ou até mesmo patrimonial, tendo seus bens materiais de uma forma geral destruídos por pessoas, em quem a mulher deveria ter como protetores e provedores, seus próprios companheiros e genitores.

DAS FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Art 7º- São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I- a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II- a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III- a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar **suas** ações, comportamentos, crenças e

decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os **destinados** a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou **injúria**.

O artigo relata de forma clara todos os tipos de violência que podem acontecer contra a mulher, em suas formas mais cruéis, privando-as assim de seu direito mais primitivo, de ter uma vida digna assegurado primeiramente pela nossa Lei Pátria a Constituição Federal. Essa mulher geneticamente nascida homem, mas que vê-se interiormente mulher, vive e atua socialmente como tal, e que é aceita segunda a lei social, deverá também ter o mesmos direitos civis e jurídicos da mulher já nascida mulher?

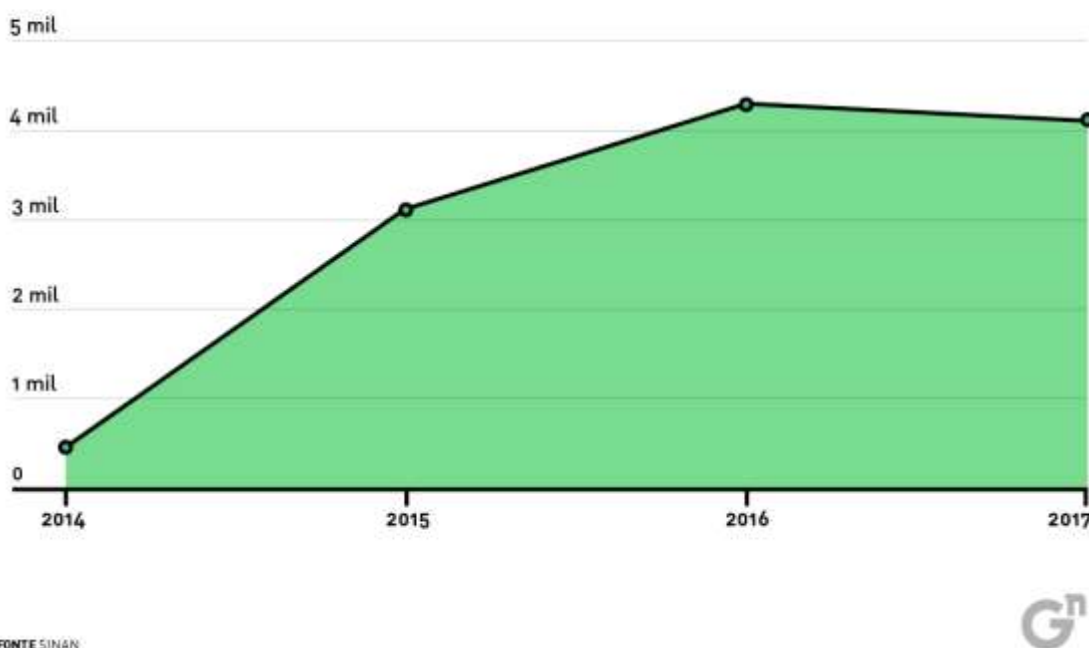
3 MULHER EM BUSCA DA IGUALDADE E DIREITOS DE GÊNERO

Parte-se aqui do pressuposto, de que mulher é identidade de gênero e não de nascimento. No momento em que é afirmado que está sob o abrigo da lei a mulher, sem se distinguir sua orientação sexual, alcançam-se tanto lésbicas, como travestis, transexuais e transgêneros, que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esse relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção.

Figura 1

AGRESSÕES CONTRA PESSOAS TRANS NO BRASIL DE 2014 A 2017

No último ano analisado pelo Ministério da Saúde, em média,
11 pessoas trans foram agredidas por dia.



Conforme ilustrado na **figura 1**, houve aumento com o passar dos anos da violência contra pessoas trans no Brasil, devido ao aumento da liberdade dessas pessoas se imporem fisicamente, assumindo sua verdadeira natureza sexual, uma vez exposta essa sua verdadeira identidade, é quando ocorrem o aumento da violência. Podemos verificar que em 2014 não chegavam à 1000 pessoas, e assim sucessivamente o aumento, sem contar os casos sem notificação, Os estudos mostram que a violência contra mulheres transexuais e transgêneros, alcançam dados alarmantes e exorbitantes, como mostram as pesquisas da chamada transfobia. (ALTEC – Alianza Latinoamericana para La Écnologia Cívica).

A escassez de políticas públicas após 30 anos, faz com que situações como essas aconteçam constantemente, como por exemplo o Tocantins foi o estado com maior taxa de violência contra a população trans em 2017, com 7 agressões para cada 100 mil habitantes, seguido dos estados de Roraima (5) e Acre com (4). Como não há números oficiais, sobre o tamanho da população trans no Brasil, o cálculo foi feito levando em consideração a população total de cada estado.

Para Byanca Marchiori mulher trans e presidente da Associação e Travestis e Transexuais do estado do Tocantins (ATRATO), fundada em 2017, o caráter local e conservador, transfóbico e intolerante contribui para o alto índice de violência, a média nacional de vida do brasileiro é de 76 anos (IBGE), no entanto o transexual tem a vida média de 35 anos.

Essa violência parte de várias partes da sociedade, e não somente de seus parceiros ou familiares, o simples fato de uma pessoa diferente passar pela rua, poder ser motivo de ódio.

A Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), que é uma rede que articula em todo o Brasil mais de 200 instituições, a fim de desenvolverem ações para promoção de direitos e resgate de cidadania da população de travestis e transexuais, trás em seu artigo "Mapa dos assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017", artigo esse datado de 2018 (Publicado Originalmente no Site Global Sustentável), uma completa avaliação de mortes e violência contra travestis e transexuais no Brasil. Bruna Benevides, declara em sua explanação que o Brasil é o País que mais mata travestis e transexuais no mundo.

Por falta de leis mais severas ou uma grande ajuda seria a completa inclusão dos travestis e transexuais na Lei Maria da Penha, não somente casos esporádicos, resolvidos inteligentemente e justamente por Julgadores cientes de que a mudança de gênero é real, e que "Todos somos 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...", conforme artigo 5º da Constituição Federal Brasileira.

Mas tratando-se de direitos referente a descrita lei, que trás as mulheres a liberdade de se defender e afastar-se de seu, traz ainda muita resistência, porém no Senado Federal já tramitam, propostas de reconhecimentos dos direitos, dessas mulheres, quer sejam operadas ou não. Segundo a relatora a Senadora Rose de Freitas (Pode-ES), recomendou a aprovação da proposta, de autoria do ex-senador Jorge Viana. (SENADO FEDERAL 22/05/2019, 13:25), o projeto titula que Mulheres transgênero e transexuais poderão contar com a proteção da Lei Maria da Penha (Lei 11.340, de 2006). A comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) aprovou, no dia 22/05/2019, o Projeto de Lei do Senado (PLS) 191/2017, que amplia o alcance da norma, e com isso, pretende combater a violência contra pessoas que se identificam como integrantes do gênero feminino. O texto é terminativo na comissão e, se não houver recurso para análise em Plenário, segue para a Câmara dos Deputados.

Mas no entanto, já existem julgados do TJSP aplicando a Lei Maria da Penha para proteção de transexual. A 9ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo determinou que

medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha sejam aplicadas em favor de um transexual ameaçada pelo ex-companheiro. A vítima, que não fez cirurgia para alteração de sexo, afirmou que manteve relacionamento amoroso por cerca de um ano com o homem, sendo ameaçada e ofendida após o fim do namoro. Após registrar boletim de ocorrência pediu em juízo medidas protetivas que foram negadas em primeira instância alegando que a vítima seria do sexo masculino, porém em julgamento de Mandado de Segurança impetrado no Tribunal de Justiça, a Magistrada Ely Amioka, relatora do caso, afirmou que a lei deveria ser interpretada de forma extensiva, sob pena de ofensa da dignidade da pessoa humana, e que o indivíduo em questão poderia ser considerado mulher. O julgamento teve participação dos desembargadores Sérgio Coelho e Roberto Solimene, sendo a decisão por maioria de votos. (Comunicação Social TJSP – GA)

A luta tem sido grande, porém já há em todo o Brasil, decisões de Juizes que entendem que a partir do momento que independente de sua natureza biológica, o indivíduo vive fisicamente e emocionalmente como mulher, deve sim ser enquadrado com as decisões e solução emanadas pela Lei Maria da Penha. Como exemplo a decisão número 0700654-37.2020.8.02.0058, Juízo de Direito – Juizado Violência Doméstica C/Mulher – Araparica – AL, concedeu medida protetiva à favor de uma mulher transexual que sofria agressões e ofensas em seu âmbito familiar, o julgador narra claramente o direito constitucional da vítima sem ser protegida pela já citada lei, mesmo sem ainda projeto de lei já aprovado à esse respeito.

Também há no Senado uma sugestão polular (SUG 05/2016) que equipara a discriminação sexual e indentidade de gênero ao crime de racismo, o crime de racismo é inafiançável e imprescritível, conforme descrito no artigo 140 do Código Penal, § 3:

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena – Reclusão de uma a três anos e multa (incluído pela Lei nº 9.459, de 1997).

Essa proposta recebeu o apoio de mais de 20 mil pessoas e está na lista para ser examinada na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH). O relator é Paulo Paim (PT-RS). (Larissa Bortoni, Site Senado Notícias, 20/06/2017, 09h54). É destacada a vontade expressa de muitos brasileiros de que haja uma penalidade mais rígida para a demanda tão grande de violência e agressividade contra pessoas transgênero e transexuais

no Brasil. Nesse prisma de impunidade que assola nossa realidade, seria importantíssimo e necessário que nossos legisladores tomassem uma atitude real em relação a essas pessoas, que contribuem da mesma forma independente de homem ou mulher com seus impostos e procuram ser cidadãos corretos dentro de sua vida cotidiana.

E porque não incluí-los nos rol de vítima da Lei Maria da Penha, se sofrem as mesmas violências físicas, psíquicas e morais? O Julgador mesmo após em primeira instância, uma mulher transexual ter conseguido medidas protetivas contra seu companheiro, teve pelo Ministério Público a inadmissibilidade de ser amparada pela Lei Maria da Penha, em um caso de violência doméstica, sendo o caso movido para a justiça comum, por entender que sua condição não condiz com uma mulher, por ainda não ser operada e ter seus documentos alterados para condição feminina.

Ementa:

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF : 0006926-72.2017.8.07.0020 DF 0006926-72.2017.8.07.0020

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA **DOMÉSTICA**. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA VARA CRIMINAL COMUM. INADMISSÃO DA TUTELA DA LEI MARIA DA PENHA. AGRESSÃO DE TRANSEXUAL FEMININO NÃO SUBMETIDA A CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL (CRS). PENDÊNCIA DE RESOLUÇÃO DE AÇÃO CÍVEL PARA RETIFICAÇÃO DE PRENOME NO REGISTRO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA. CONCEITO EXTENSIVO DE VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO FEMININO. DECISÃO EFORMADA.

1 O Ministério Público recorre contra decisão de primeiro grau que deferiu medidas protetivas de urgência em favor de transexual mulher agredida pelo companheiro, mas declinou da competência para a Vara Criminal Comum, por entender ser inaplicável a Lei Maria da Penha porque não houve alteração do patronímico averbada no registro civil.

2 O gênero feminino decorre da liberdade de autodeterminação individual, sendo apresentado socialmente pelo nome que adota, pela forma como se comporta, se veste e se identifica como pessoa. A alteração do registro de identidade ou a cirurgia de

transgenitalização são apenas opções disponíveis para que exerça de forma plena e sem constrangimentos essa liberdade de escolha. Não se trata de condicionantes para que seja considerada mulher.

3 Não há analogia in malam partem ao se considerar mulher a vítima transexual feminina, considerando que o gênero é um construto primordialmente social e não apenas biológico. Identificando-se e sendo identificada como mulher, a vítima passa a carregar consigo estereótipos seculares de submissão e vulnerabilidade, os quais **sobressaem** no relacionamento com seu agressor e justificam a aplicação da Lei Maria da Penha à hipótese.

4 Recurso provido, determinando-se prosseguimento do feito no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com aplicação da Lei Maria da Penha.

Recurso em sentido estrito provido.

Órgão Julgador: 1ª **TURMA** CRIMINAL

Publicado no DJE: 20/04/2018. Pag.119/125

Julgamento: 05/04/**2018**

Relator GEORGE LOPES

Acórdão: **Recurso** em Sentido Estrito Provido

O que, na realidade é deixado bem claro é a intolerância, e que ainda há muito o que ser conquistado nessa área, em matéria do direito material em referência às mulheres transgênero e transexuais, pois seria muito mais fácil e rápido, permitir-lhes o enquadramento na lei Maria da Penha, uma vez que, já está pronta e em uso, dessa forma provavelmente haveria menos violência e menos mortes inocentes, essa falta de uma norma mais específica para esse casos, permite que o agressor não tenha qualquer receio em agir criminalmente e muitas vezes violentamente contra essas mulheres.

4 CONCLUSÃO

Diante do exposto ao longo da presente pesquisa, observa-se que a violência contra transexuais, transgênero e travestis, é uma das mais inaceitáveis formas de violência contra o ser- humano onde ofende primordialmente o direito essencial, que nossa constituição Federal exige, como a integridade física, a liberdade, o direito à saúde mental, e a normal convivência em uma sociedade.

A quantidade de indivíduos, travestis e transgênero que são diariamente agredidas por seus companheiros, por seus ex-companheiros, pela sociedade machista e intolerante é muito grande. Como se demonstrou no presente trabalho, necessitamos de uma lei especial que os protejam já em primeira instância, de imediato, da violência e discriminação histórica que sofrem em nosso país. Alguns homens as consideram como um objeto, muitas vezes de natureza sexual, desgastando a relação de amor que deve haver entre um casal, causando a perda do respeito no seio familiar, o que muitas vezes acaba trazendo consequências psicológicas não apenas para a agredida, mas também para os membros família que presenciam as agressões.

Percebe-se que o patriarcalismo, ainda subsiste, influenciando muito no comportamento do homem, sendo este um problema social e cultural marcado pela discriminação e submissão, uma vez que, o homem vê a mulher como sua propriedade, tornando-a totalmente submissa a ele.

Sendo assim, já não sendo suportáveis tantas humilhações e agressões, e clamando por leis eficazes, surgiu a Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, criada para atender exigências impostas por acordos internacionais feitos pela conhecida Convenção de Belém do Pará, ratificados em 1995, e também pela Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

Conquista esta, que se deve à postura adotada por Maria da Penha, uma mulher guerreira que sofreu agressões insuportáveis causadas por seu marido que tentou matá-la, deixando-a paraplégica.

Ficou claro que o objetivo da Lei Maria da Penha, foi criar mecanismos para prevenir a violência doméstica e familiar contra as mulheres porém foi estendida para transgênero, travestis e transexuais. A Lei em questão é indiscutivelmente constitucional, pois trata de maneira diferente os desiguais, para igualá-los. O simples fato de que, via de regra um homem, por sua natureza, tem compleição física avantajada em relação ao corpo de uma mulher, já é argumento válido para validar a referida Lei. E ainda pode-se mencionar o machismo enraizado em nossa sociedade, que acredita que a mulher deve ter uma posição submissa ao homem.

A Lei Maria da Penha trouxe uma maior segurança às mulheres, e agora à essa classe que tanto sofre discriminação tenho o auxílio dessa lei, objetivando punir com rigor o agressor, já não sendo permitida a aplicação da Lei 9.099/95. Foi objetivando intimidar atitudes violentas praticadas pelos homens contra as mulheres, que a Lei Maria da Penha criou medidas de proteção para as mulheres, sendo até mesmo possível a aplicação da prisão preventiva.

As medidas protetivas tem como objetivo proteger as mulheres vítimas de violência doméstica, esta sendo ampliada para transgênero e transexuais, que gradativamente está sendo usado com maior frequência. Mas a eficácia da Lei Maria da Penha deve ser questionada, considerando que não erradicou o problema da violência doméstica. Mulheres de todas as classes sociais, nascidas ou não mulheres, são agredidas diariamente e assassinadas. Algo deve ser feito na questão cultural, o que obviamente não gera bons resultados a curto prazo. Outro problema que deve ser discutido na lei em questão, é a real necessidade de incluir transexuais e transgêneros no amparo da Lei Maria da Penha, considerando que em muitos casos essas pessoas são agredidas e ameaçadas por seus companheiros, necessitando, no entanto das medidas protetivas de urgência.

Muitas mulheres venceram o medo de denunciar, e começaram a registrar as agressões nas Delegacias, buscando a ajuda a que tem direito, e em muitos casos a Lei Maria da Penha foi eficiente, seja porque os homens agressores ficaram com medo da punição/prisão ou porque de fato foram presos.

É inegável que a Lei 11.340/06 representa um avanço para os direitos das mulheres, buscando eficácia e competência. Mas melhorias devem ser feitas. A impunidade gera deficiência na Lei, e se crimes ainda são cometidos contra mulheres, significa que a Lei Maria da Penha necessita melhorias. Sendo assim, é responsabilidade dos órgãos competentes executar adequadamente a Lei em questão, para proteger de forma eficaz as vítimas da violência doméstica e familiar. A Lei nº 13.641/2018, nesse sentido, pode ser considerado um importante avanço rumo à maior efetividade de todas as mulheres vítimas de violência doméstica, e pode de forma imensurável evitar muitas mortes de pessoas transgênero e transexuais e travestis em geral.

REFERÊNCIAS

(ALTEC – Alianza Latinoamericana para La Tecnologia Cívica – info@altec.lat)

LEI MARIA DA PENHA EXPLICADA (DOCTRINA E PRÁTICA, 2ª EDIÇÃO, Eron Veríssimo Gimenes/Priscila Bianchini de Assunção Alferes)

(Comunicação Social TJSP – GA / imprensatj@tjsp.jus.br)

<https://www12.senado.leg.br> – Fonte Agência Senado

Juizado Violência Doméstica C/Mulher – Araparica – AL, E-mail: Jecmulherara@tjal.jus.br

Site Global Sustentável - <https://goo.gl/VqT6S6>

Constituição Federal Brasileira – 1988

IBGE

Código Penal Brasileiro

O QUE CARACTERIZA O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO OS PREJUÍZOS DECORRENTES DESTA PRÁTICA

JOÃO PAULO MELO FARIAS:
Graduando no do Curso de Direito
do Centro Universitário Fametro.

RESUMO: O assédio moral no ambiente de trabalho é um assunto de grande importância para os empregados, em um ambiente que deveria ser seguro e protegido como no seu local de trabalho. Por meio de vasta pesquisa científica, com o objetivo de esclarecer o assunto, demonstrar a gravidade do problema, bem como os tipos de assédio que podem ser praticados, e os prejuízos que podem causar de grandes proporções para a empresa e principalmente à vítima. O resultado especializado da pesquisa, acreditasse favorecer significativamente para a definição de ações no combate ao assédio moral no trabalho, melhorando, assim, a relação hierárquica entre chefia e subordinados, com impacto favorável no clima organizacional e na produtividade do órgão responsável. Com a busca pela justiça em sua plenitude, isso proporcionará a reparação do dano suportado pela vítima, de maneira adequada, cumprindo também, o caráter pedagógico da pena, qual seja, o de criar palestras educativas para as empresas e gestores no sentido de coibir novos casos de assédio.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio moral. Tipos. Prejuízos.

ABSTRACT: Moral harassment in the workplace is an issue of great importance to employees, in an environment that should be safe and secure as in their workplace. Through extensive scientific research, with the aim of clarifying the matter, demonstrate the seriousness of the problem, as well as the types of harassment that can be practiced, and the damage that can be caused in large proportions to the company and especially to the victim. The specialized result of the survey, believed to significantly favor the definition of actions to combat bullying at work, thus improving the hierarchical relationship between superiors and subordinates, with a favorable impact on the organizational climate and productivity of the responsible body. With the search for justice in its fullness, this will provide the compensation of the damage borne by the victim, in an appropriate way, also fulfilling the pedagogical character of the penalty, that is, to create educational lectures for companies and managers in order to curb new cases of harassment.

KEYWORDS: Moral harassment, Types, Damages.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE ASSÉDIO MORAL. 3. ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. 3.1 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO ASSÉDIO MORAL. 3.1.1 Abusividade da Conduta. 3.1.2 Natureza psicológica da conduta. 3.1.3 Reiteração da conduta. 3.1.4 Intencionalidade do ato. 3.1.5 Finalidade de exclusão da vítima. 3.1.6 O dano

psíquico gerado à vítima. 3.2 SUJEITOS. 3.3 CONDUTA. 3.4 REITERAÇÃO E SISTEMATIZAÇÃO. 3.5 CONSCIÊNCIA DO AGENTE. 4. TIPOS DE ASSÉDIO MORAL. 4.1 ASSÉDIO MORAL VERTICAL DESCENDENTE. 4.2 ASSÉDIO MORAL VERTICAL ASCENDENTE. 4.3 ASSÉDIO MORAL HORIZONTAL. 4.4 ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL. 5. CARACTERÍSTICA JURÍDICA DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. 6. CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. 7. CONCLUSÃO. 8. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O assédio moral é conhecido por uma diversidade de ações e situações no ambiente de trabalho que desrespeitam, constrangem, humilham o subordinado, nas relações laborativas e à saúde desses trabalhadores podem vir a ser prejudicadas, como a saúde física e mental. O assédio nem sempre é ocorre com a intenção. Porém às vezes, essas práticas acontecem sem que os agressores saibam que o abuso de poder frequente e reiterado é uma forma de violência psicológica. Isso não é um motivo que retira a gravidade do assédio moral no trabalho e dos sérios danos causados à saúde dos seus subordinados.

O objetivo desta pesquisa científica é encontrar alguns tipos possíveis de caracterização do assédio moral no trabalho, ou seja, tudo aquilo que possa manifestar alguma uma forma de violência no ambiente de trabalho; as consequências originária deste evento danoso à vida das vítimas, das organizações e da sociedade; os efeitos jurídicos para os autores para todos esses atos; apresentando medidas repressivas de combate ao assédio moral, e também ações prudentes no ambiente organizacional de trabalho público ou privado, relacionando o assédio moral a uma situação de conflitos.

Os casos na sua maioria, o assédio vem das relações hierárquicas autoritárias, sendo praticadas pelos superiores, e dirigidas aos subordinados durante um longo período. O assédio moral com as consequências altera a relação da vítima com o seu ambiente de trabalho, forçando-a a desistir do emprego, e, por conseguinte, vindo acarretar graves consequências na vida familiar e social do assediado.

Detectar os piores problemas sofridos pelas vítimas como por exemplo as humilhações, constrangimentos, rebaixamento, xingamentos, vexame, entre outras. Os trabalhadores enfrentam situações que são amortecidos pelo Assédio Moral. Quando ocorre uma espécie de tortura psicológica, que se destina a ferir a honra e autoestima do subordinado, com a intenção forçar demissão do empregado ou apressar a sua dispensa através de métodos que irão resultar em sobrecarregar o empregado de tarefas desnecessárias.

Transferir para o centro das discussões o conceito de assédio moral e demonstrar os diferentes tipos que existem, além das consequências que geram na vida das vitimas e dos agressores, podendo se tornar decisivos para e mostrar a clareza do assunto. Debater como

esse tipo de assédio se dissemina no ambiente de trabalho das instituições de trabalho podendo ser crucial para que as atitudes geradas pelo assediador sejam investigadas e condenadas. Assim, os trabalhadores podem encontrar um ambiente de trabalho mais tranquilo, com mais respeito e preocupação com o bem-estar dos colaboradores.

2 CONCEITO DE ASSÉDIO MORAL

O Assédio moral pode ser interpretado de várias formas entre elas é a hostilização a humilhação de uma pessoa de forma repetitiva. Assim como afirma Barreto (2000, p. 544): "Assédio moral é uma conduta abusiva (gestos, palavras, comportamentos, atitudes...) que por sua repetição ou caracterização, contra a dignidade, honra, integridade psíquica ou física de uma pessoa".

Assédio moral contém vários termos que podem definir o que a vítima vem a sentir, como por exemplo, menosprezado, rebaixado, inferiorizado, submetido, vexado, constrangido por outra pessoa sendo geralmente pelo seu chefe ou colega de trabalho. É ter o sentimento de um ninguém, uma pessoa sem valor, inútil.

Assédio Moral, Hirigoyen (2002, p. 17) é "qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho".

Com isso vale destacar que o assédio moral no trabalho, diferente do que ocorre em um conflito geralmente normal, a pessoa que pratica o ato não dá chances de defesa para vítima. De Carvalho (2009, p. 63) afirma que "no assédio moral, diferentemente do que ocorre num conflito aberto, o sujeito perverso age sem dar chances a vítima de se defender. Todas as suas atitudes são voltadas para a eliminação da vítima do ambiente de trabalho".

3 ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

O assédio moral está presente em inúmeras situações. O ambiente de trabalho é uma das circunstâncias nas quais ele ocorre.

Conceitua da Silva (2005, p.12): "O assédio moral no trabalho é a submissão do trabalhador a situações humilhantes, vexaminosas e constrangedoras, de maneira reiterada e prolongada, durante a jornada de trabalho ou mesmo fora dela, mas sempre em razão das funções exercidas pela vítima.

Sobre a definição do assédio moral no trabalho sob a ótica jurídica e relaciona algumas das consequências desse tipo de assédio:

Implica violação dos deveres contratuais, violando, notadamente, os princípios da boa-fé, respeito, não-discriminação etc., cuja violação gera graves consequências para o empregado, posto que fere a sua personalidade e dignidade, além de gerar problemas de saúde, desemprego e até o suicídio. (ALKIMIN, 2007, p.11)

O assédio moral não está, obrigatoriamente, caracterizado por menções ao trabalho. As ofensas podem estar relacionadas às características físicas ou psíquicas de uma pessoa no ambiente de trabalho conforme afirma da Silva (2005, p.12):

Não significa que a conduta assediadora se relacione necessariamente com alusões ou indicações ao trabalho, pois geralmente o foco da violência é qualquer ponto da vítima que possa determinar uma desestabilização desta com o ambiente de trabalho, facilitando as condutas tendentes a desqualificá-la, não só profissional, mas também como ser humano. Portanto, no assédio moral, é muito comum alusões negativas aos dotes físicos da vítima ou ao seu modo de vestir, de falar, de comer ou de se comportar diante de determinados acontecimentos.

O assédio moral não pode ser caracterizado por um fato isolado. Esse assédio fica evidente em situações que acontecem continuamente, ou seja, com habitualidade. Isso fica claro na citação de da Silva (2005, p.15):

Devemos ter em foco que o assédio moral não se caracteriza por eventuais ofensas ou atitudes levianas isoladas por parte do superior. Muito mais do que isto, o assédio moral somente estará presente quando a conduta ofensiva estiver revestida de continuidade e por tempo prolongado, de forma que desponte como um verdadeiro *modus vivendi* do assediador em relação à vítima, caracterizando um processo específico de agressões psicológicas.

Heinz Leymann, médico alemão e pesquisador na área de psicologia no trabalho, que em 1984 efetuou o primeiro estudo sobre o assunto, quando identificou o fenômeno e o nominou "mobbing", o descreve da seguinte maneira:

assédio moral é a deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas) que se caracterizam pela repetição por longo tempo de duração de um comportamento hostil que um superior ou colega (s) desenvolve (m) contra um indivíduo que apresenta, como reação, um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura.

3.1 Elementos Caracterizadores do Assédio Moral

De uma forma direta e genérica, Pamplona Filho (2006. p. 1.079) define o assédio moral como sendo uma conduta psicológica abusiva, reiterada, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do ser humano, com a finalidade de impor a sensação de exclusão da vítima do ambiente de trabalho e do convívio social.

Como existe pouca ou nenhuma legislação específica sobre assédio moral no âmbito da relação de emprego se faz necessário identificar os elementos caracterizadores desse ato. Existem, fundamentalmente.

Alguns elementos são essenciais para que seja caracterizado o assédio moral, como a abusividade da conduta, a natureza psicológica da conduta, a reiteração da conduta; a intencionalidade do ato, a finalidade de exclusão da vítima, e o dano psíquico gerado ao subordinado.

3.1.1 Abusividade da Conduta

Um elemento caracterizador do assédio moral é a conduta abusiva do agressor, que é aquela capaz de trazer danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica da pessoa, colocando em perigo seu emprego ou degradando o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2006, p. 65).

É aquela que, por ação ou omissão possui um potencial lesivo que torne o ambiente de trabalho insuportável. Pode ser manifestada através de comportamentos, palavras e atitudes com o intuito de ofender a personalidade e dignidade da vítima. (SILVA, 2010).

3.1.2 Natureza psicológica da conduta

“O agressor é incapaz de perceber a vítima como ser humano. Ele a considera como coisa, ou como animal. Em ambos os casos, ele atinge a dignidade da vítima, restando claro, portanto, que o direito fundamental da dignidade da pessoa humana é violado, pois não reconhecido e violado pelo agressor” (HIRIGOYEN, 2005, p. 202).

“A guerra psicológica no ambiente de trabalho agrega dois fenômenos: o abuso de poder, que é uma agressão clara e de mais difícil aceitação pelos trabalhadores e a manipulação perversa. O assédio moral pode parecer, no início, algo inofensivo, mas aos poucos se propaga de forma destruidora no ambiente de trabalho.” (HIRIGOYEN, 2005, p. 16).

3.1.3 Reiteração da conduta

Segundo preleciona H. Leymann “o ataque deve ocorrer pelo menos uma vez na semana numa frequência média de seis meses de duração, tempo necessário para a manifestação dos sintomas”.

Todavia, alguns autores defendem que a repetição da conduta pode ser substituída pela gravidade da ofensa para a caracterização do assédio moral. Para Hirigoyen, não se deve fixar um tempo específico para que reste configurada a sistematização do assédio. A gravidade do ato que caracteriza o assédio não depende apenas da duração, mas também do grau de violência, pois algumas atitudes especialmente humilhantes podem destruir a vítima em menos de seis meses (2005, p. 30).

3.1.4 Intencionalidade do ato

Conforme já mencionado anteriormente, embora toda pessoa em crise possa ser levada a utilizar-se de mecanismos perversos para se defender, o que distinguirá uma pessoa normal do indivíduo perverso, é que para aqueles, esses comportamentos e sentimentos não são mais do que meras reações ocasionais, seguidas de arrependimento ou remorso. Já no assédio moral, a perversidade implica uma estratégia de utilização e destruição do outro, sem a menor culpa (HIRIGOYEN, 2006, p. 139).

Segundo Hirigoyen, a relação de assédio ocorre em duas fases: a sedução perversa e a violência manifesta. Na primeira fase, o agressor desestabiliza a vítima, fazendo-a perder progressivamente a confiança em si própria, corrompendo-a e subornando-a, para captar seu desejo, com o objetivo de destruí-la, pois ela representa uma ameaça (HIRIGOYEN, 2006, p. 107).

3.1.5 Finalidade de exclusão da vítima

A finalidade de excluir a vítima consiste, em última análise, em envidar todos os meios para fazer com que aquela pessoa que representa perigo se retire do ambiente de trabalho, fazendo-a cometer erros que culmine em seu despedimento pelo empregador, ou tornando o clima de trabalho tão degradante a ponto de forçá-la a demitir-se, aposentar-se precocemente, ou ainda licenciar-se para tratamento de saúde. (NASCIMENTO, 2004, p. 925).

Assim, além da intenção, a conduta deve ter como objetivo a exclusão da vítima do ambiente do trabalho, para que se configure o assédio moral.

A finalidade de excluir a vítima consiste, em última análise, em envidar todos os meios para fazer com que aquela pessoa que representa perigo se retire do ambiente de trabalho, fazendo-a cometer erros que culmine em seu despedimento pelo empregador, ou tornando o clima de trabalho tão degradante a ponto de forçá-la a demitir-se,

aposentar-se precocemente, ou ainda licenciar-se para tratamento de saúde (NASCIMENTO, 2004, p. 925).

Sobre essa questão, Stadler explica:

O que se pretende é a desestabilização emocional da vítima, levando-a a desistir do seu posto de trabalho diante das dificuldades enfrentadas. Isso se torna mais grave, considerando a dificuldade de obter a recolocação no mercado de trabalho, pois os índices de desemprego revelam que “para cada um que sai, há cinquenta esperando” (STADLER, 2008, p. 76).

3.1.6 O dano psíquico gerado à vítima.

Uma primeira corrente defende que o que define o assédio moral é a conduta do assediante e não o resultado danoso (SILVA, 2010).

No entanto, para a autora, a não configuração do assédio pela ausência do dano psíquico não pode eximir o agressor da devida punição, vez que sua conduta será considerada como lesão à personalidade do indivíduo, ensejando o dever de indenizar a vítima pelo dano moral advindo (NASCIMENTO, 2004, p. 926 - 927).

Dessa forma, a vítima que resiste à doença psicológica, quer por ter boa estrutura emocional, quer por ter tido o cuidado de procurar ajuda profissional de psiquiatras ou psicólogos, não será prejudicada, pois sempre restará a reparação pelo dano moral sofrido, ainda que o mesmo não resulte do assédio moral (CAPELARI, 2009).

Portanto, está esclarecido que, para a configuração do assédio moral no ambiente de trabalho, faz-se necessário a reiteração, a intencionalidade e a abusividade da conduta, no qual deve possuir natureza psicológica, apta a obter dano psíquico à vítima, com o objetivo da exclusão do ambiente de trabalho.

3.2 Sujeitos

Alkimin (2007, p.42) classifica e exemplifica os tipos de sujeito presentes no assédio moral:

A conduta, ato ou comportamento hostil, degradante, humilhante, vexatório que causa sofrimento psicológico e doença psicossomática na vítima, ferindo sua autoestima, dignidade e personalidade, pode partir do empregador ou superior hierárquico subordinado a este, de algum colega de serviço ou também pode acontecer de um subordinado destinar condutas assediantes contra um superior

hierárquico. A vítima da hostilização ou degradação normalmente é o empregado, individualmente considerado ou uma coletividade, subordinado ao assediante, todavia, poderá ser o próprio superior hierárquico quando o assédio partir de um ou vários de seus subordinados.

De acordo com o que ensina Alkimim, "o sujeito ativo é o apossador, assediador ou agente, empregador ou qualquer superior hierárquico; colega de serviço ou subordinado em relação ao superior hierárquico" (2008, p. 41).

A figura do apossador recai sobre alguém que, para demonstrar ter autoestima e poder, acredita ser necessário rebaixar os outros, não admitindo suas falhas e não valorizando suas ações, agindo de forma arrogante, amoral, e sendo capaz de se apoderar de trabalhos alheios com intuito de demonstrar uma sabedoria que não possui (ALKIMIM, 2008, p. 41).

De um lado, tem-se a presença do sujeito ativo, assediador, também denominado apossador ou perverso; e de outro o sujeito passivo, que é a vítima ou apossado (SIMM, 2008, p. 122).

O sujeito ativo é visto como o perverso, que se considera grandioso, especial, poderoso, que não se preocupa com os colegas do ambiente de trabalho e não tem remorso dos atos que pratica (SIMM, 2008, p. 122).

3.3 Conduta

A necessidade de que esta conduta seja prolongada e reiterada no tempo, por ser um fenômeno de natureza psicológica, não é um ato isolado ou infrequente capaz de trazer lesões psíquicas decorrentes do assédio moral à vítima.

Para o jurista Luiz de Pinho Pedreira da Silva (2004, p. 102), este seria o principal elemento característico da ilicitude do mobbing, "devendo a perseguição ter uma frequência quase que diária".

Sobre o tema, Hirigoyen (2001) entende: "não ser necessária a regularidade para que o fenômeno seja reconhecido, sendo evidentemente indispensável o prolongamento no tempo através de mais de um ato".

Já no critério conduta, não se pode determinar uma ação que seja típica para caracterizar assédio moral. Para que a conduta classifique o ato como assédio moral, ela deve ser capaz de degradar o clima organizacional, e afetar a qualidade de vida da vítima. Assim como afirma De Carvalho (2009, p.77):

O assédio moral pode se desencadear a partir de qualquer conduta imprópria manifestada por meio de qualquer comportamento, palavra, ato, gesto, escrito que seja capaz de atacar a personalidade e dignidade, ocasionando prejuízos à saúde (psíquica e física) do empregado, gerando condições de trabalho humilhantes decorrentes da degradação do ambiente de trabalho. (...) A conduta perversa deve ser capaz de danificar o meio ambiente de trabalho, contaminando a qualidade de vida no trabalho e a satisfação do empregado.

3.4 Reiteração e Sistematização

Para que seja caracterizado assédio moral, o fato não pode ocorrer isoladamente. Os atos maliciosos devem ocorrer de forma repetida, ou seja, com uma certa frequência. Alkimin (2007, p.50) afirma:

Não caracteriza o assédio moral um conflito temporal no ambiente de trabalho, tão menos uma agressão pontual partida do superior hierárquico ou colega de serviço, posto que no conflito há interesses contrapostos, preponderando o binômio ataque-resistência, nada impedindo que pela repetição uma das partes ceda e passe a ser vítima do assédio moral; ao passo que no caso da agressão pontual, está esgota-se em si mesma não implicando perseguição ou discriminação na relação de trabalho.

3.5 Consciência do agente

A conduta que caracteriza o assédio moral deve ser consciente, intencional ou previsível seu efeito danoso sobre o ambiente de trabalho e sobre a vítima. Isso também é afirmado por De Carvalho (2009, p.80):

Para que se configure o assédio moral, a conduta degradante de ser consciente. Significa dizer que seus efeitos prejudiciais sobre a integridade psíquica e física da vítima e do ambiente de trabalho devem ser intencionais ou, ao menos, previsíveis. (...) Mesmo na hipótese em que o perverso pratica a agressão moral sem a consciência de seus efeitos ou sem a intenção de atingir a vítima em seu aspecto pessoal (integridade e intimidade), deve-se considerar a previsibilidade dos resultados prejudiciais.

4 TIPOS DE ASSÉDIO MORAL

O assédio moral possui quatro formas, que são divididos como Assédio Moral Vertical Descendente; Assédio Moral Vertical Ascendente; Assédio Moral Horizontal; e, por fim, Assédio Moral Organizacional.

4.1 Assédio moral vertical descendente

Assédio determinado pela pressão dos chefes em relação aos subordinados. Os superiores hierárquicos se aproveitam de sua condição de autoridade para colocar o colaborador em situações degradantes e desconfortáveis, como desempenhar uma tarefa que não faz parte de seu ofício e qualificação, para puni-lo pelo cometimento de algum erro.

Tipo mais comum de assédio moral. Ele é praticado pelo empregador ou algum superior hierárquico ao seu subordinado. Segundo Alkimin (2007, p.62):

Na relação de emprego, prevalece a desigualdade material entre as partes, sendo que o empregador, para implantar todo o processo de organização e ajuste do trabalho, poderá enveredar para o abuso de poder, adotando posturas autoritárias, desumanas e antiéticas, valendo-se de sua superioridade econômica e poder de mando e desmando sobre o trabalho subordinado, para afetar a pessoa do trabalhador na sua identidade e dignidade enquanto pessoa e profissional.

Tal prática pode ocorrer por diversos motivos. De Carvalho (2009, p.65) exemplifica algumas delas:

Um empregado que represente de alguma forma ameaça ao seu superior por ser uma pessoa muito competente e cumpridora de suas obrigações contratuais. (...). Um trabalhador que tem dificuldades de adaptação na organização empresarial, ou que tenha sido acometido por alguma doença, entre outras hipóteses.

Guedes (2003, p.36) afirma que o superior hierárquico pratica o assédio moral quando “sente-se ameaçado de perder o seu poder e o *status* privilegiado de que goza dentro da empresa”, em face de uma ameaça real ou potencial que o trabalhador representa”.

4.2 Assédio moral vertical ascendente

É o assédio praticado por subordinado ou grupo de subordinados contra o chefe. Consiste em causar constrangimento ao superior hierárquico por interesses diversos. Ações ou omissões para “boicotar” um novo gestor, indiretas frequentes diante dos colegas e até chantagem visando a uma promoção são exemplos de assédio moral desse tipo.

É o tipo de assédio moral praticado por um ou vários subordinados contra o superior hierárquico.

Alkimin (2007, p.65) afirma que esse tipo de assédio pode ocorrer pelos seguintes casos: "Normalmente, esse tipo de assédio pode ser praticado contra o superior que se excede nos poderes de mando e que adota posturas autoritárias e arrogantes, no intuito de estimular a competitividade e rivalidade, ou até mesmo por cometer atos de ingerência pelo uso abusivo do poder de mando. Pode ser ainda que, por insegurança ou inexperiência, o superior hierárquico não consiga manter o domínio sobre os trabalhadores, sendo pressionado ou tendo suas ordens desrespeitadas ou deturpadas, implicando o fortalecimento do(s) assediador(es) para se livrar do superior hierárquico indesejado."

Mesmo sendo o tipo mais incomum de ocorrer. Os danos que esse tipo de assédio provoca na vítima são devastadores.

4.3 Assédio moral horizontal

É aquele cometido por colega de serviço. De Carvalho (2009, p.66) classifica esse tipo de assédio da seguinte maneira: "No assédio moral horizontal, a prática perversa é desencadeada pelos próprios colegas de serviço, com idêntico grau de hierarquia, manifestando-se por meio de brincadeiras maliciosas, gracejos, piadas gestos obscenos, menosprezo, entre outros."

"Ocorre entre pessoas que pertencem ao mesmo nível de hierarquia. É um comportamento instigado pelo clima de competição exagerado entre colegas de trabalho. O assediador promove liderança negativa perante os que fazem intimidação ao colega, conduta que se aproxima do bullying, por ter como alvo vítimas vulneráveis." (*Cartilha de Prevenção ao Assédio Moral – Pare e Repare por um ambiente de trabalho + positivo do Tribunal Superior do Trabalho-TST*).

Pode acontecer por causa de atritos pessoais ou por competitividade para alcançar destaque, manter o cargo ocupado ou obter promoção. Assim como afirma De Carvalho (2009, p.66):

O assédio moral nessa hipótese decorre, em geral, de conflitos interpessoais, tais como: atributos pessoais ou profissionais, capacidade ou dificuldade de relacionamento, ausência de cooperação, preferência pessoal do chefe gozada pela vítima, racismo, xenofobia, razões políticas ou religiosas, entre outras que

causam dificuldades no relacionamento profissional. Outro fator que colabora para a prática da ação discriminatória pelos próprios colegas de trabalho diz respeito a própria competitividade. O perverso, visando manter-se no cargo ou disputar uma promoção, inicia a ação discriminatória, interferindo assim de forma prejudicial no bom relacionamento que deve reinar entre os empregados no ambiente de trabalho.

4.4 Assédio Moral Organizacional

O assédio moral organizacional caracteriza-se pelo emprego de “condutas abusivas, de qualquer natureza, exercida de forma sistemática durante certo tempo, em decorrência de uma relação de trabalho, e que resulte no vexame, humilhação, constrangimento de uma ou mais vítimas com a finalidade de se obter o engajamento subjetivo de todo o grupo às políticas e metas da administração, por meio de ofensa aos seus direitos fundamentais, podendo resultar em danos morais, físicos e psíquicos”, os quais podem ser objeto de reparação em virtude da responsabilidade social atribuída às empresas, a partir da função social ostentada no art. 170 da Constituição. A desumanização das relações de trabalho está impregnada dos valores organizacionais brasileiros

Com essa hipótese, o empregado sofre violência psicológica da própria empresa pelo ambiente de trabalho que está inserido.

A principal forma de manifestação do assédio organizacional é a gestão por estresse, assim entendida aquela que visa o “aumento da eficiência ou rapidez na realização de uma tarefa”, mas de modo incompatível com os recursos disponíveis, de forma que este excesso pode acarretar danos à saúde do empregado (HIRIGOYEN, 2010, p. 23).

Adriane Reis de Araújo (2006, p. 107) ao definir o assédio moral organizacional, leciona:

configura o assédio moral organizacional, o conjunto de condutas abusivas, de qualquer natureza, exercido de forma sistemática durante certo tempo, em decorrência de uma relação de trabalho, e que resulte no vexame, humilhação ou constrangimento de uma ou mais vítimas com a finalidade de se obter o engajamento subjetivo de todo o grupo às políticas de metas da administração, por meio da ofensa a seus direitos fundamentais, podendo resultar em danos morais, físicos e psíquicos.

5 CARACTERÍSTICA JURÍDICA DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

O Assédio Moral no Ambiente de Trabalho, afeta questões constitucionais e do direito do trabalho, haja vista, que o não cumprimento de questões contratuais, desrespeitando os princípios da boa fé e da reciprocidade nas relações trabalhistas.

Na atualidade não temos uma lei específica sobre esse tema, mas além de necessitarmos de regulamentações pelo poder público, tem que se fazer necessário uma campanha de conscientização por parte das instituições para se evitar futuros assédios, haja vista, que, com as campanhas de conscientização, prevenção e principalmente orientação, poderemos evitar esse mal que tanto afeta a classe trabalhadora.

Como ofensor as questões jurídicas, o Assédio Moral infringe normas contratuais vigentes na Consolidação das Leis do Trabalho que constituem obrigações mútuas entre trabalhador e empregador. Esse tipo de violação aos preceitos da CLT sujeita quem assedia a indenizar o assediado por danos morais, além de afetar a Dignidade da Pessoa Humana e seus respectivos direitos a persona previstos na Constituição Federal artigo 5, inciso X.

Nesse caso o agressor deverá responder não só na área trabalhista, mas também na civil, que incide na indenização por danos morais sofridos, podendo até ser respondida no penal, e tipificando aquilo que se considera uma prática abusiva e evitando a ação dos agentes agressores.

6 CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

A maioria das consequências do assédio moral no ambiente de trabalho caem sobre os sujeitos envolvidos, a empresa e o ambiente de trabalho.

Os efeitos sentidos pela vítima são o estresse e a ansiedade, a depressão, distúrbios psicossomáticos, podendo chegar, nos casos extremos ao estresse pós-traumático. Gerando sentimentos de vergonha, humilhação, perda do sentido, podendo chegar a modificações psíquicas, como neurose traumática, psicose e paranoia. (HIRIGOYEN, 2005, p. 159-182).

Com isso, os efeitos destrutivos que o assédio moral no trabalho provoca não se limitam ao aspecto físico, podendo gerar, também distúrbios psicossomáticos. Isso, pois, o corpo registra a agressão antes do cérebro, que por sua vez, se recusa a enxergar o que não entendeu. Assim, mais tarde, o corpo denunciará o traumatismo e os efeitos ocorrerão. (HIRIGOYEN, 2005, p. 159 - 160).

Como explica Fonseca, as situações de ameaça levam as pessoas a entrarem em um estado de prontidão que as induz às mais diversas manifestações psicossomáticas ou a profundos estados de depressão, drogadição ou até mesmo ao suicídio (2003, p. 675).

Os distúrbios psicossomáticos acontecem sob a forma de emagrecimento intenso ou por meio de rápidos aumentos de peso, distúrbios digestivos, endocrinológicos, crises de hipertensão arterial incontrolável, indisposições, vertigens, doenças da pele, dentre outras (FALKEMBACH, 2007).

Os danos emocionais alcançam a vida familiar e social da vítima. Através do trabalho que é a principal fonte de reconhecimento social e realização pessoal do homem e, portanto, na medida em que percebe que está perdendo sua identidade social, sofre uma queda na autoestima e surge o sentimento de culpa. A vítima se torna amarga, desagradável (GUEDES, 2003, p. 94).

Não obstante, a relação familiar se arruína quando se torna a válvula de escape da vítima, pois esta passa a descarregar sua frustração nos membros da família (GUEDES, 2003, p. 94).

Normalmente, o assédio moral resulta na saída da vítima de seu emprego, num estado tão debilitado que sequer possui condições físicas ou psicológicas de se recolocar no mercado de trabalho. Essa situação se agrava quando a vítima se dá conta de que o mercado de trabalho não absorverá uma pessoa em tal estado, e, portanto, resta comprometido o meio da sua subsistência e de sua família.

7.CONCLUSÃO

O Assédio moral no trabalho, resumidamente, pode ser considerado uma conduta abusiva (humilhante) que ocorre com certa frequência e causa prejuízos na vida profissional e pessoal dos envolvidos. Dependendo de quem pratica e de quem sofre o assédio, ele recebe uma classificação diferente. É chamado de vertical descendente quando praticado por superior hierárquico contra funcionário de nível mais baixo; é do tipo vertical ascendente quando praticado por subordinado contra superior hierárquico; e é classificado como horizontal quando envolve colegas de mesmo nível hierárquico.

O profissional responsável pela segurança no trabalho deve, juntamente com os profissionais do RH, observar as atitudes que ocorrem no dia a dia de todos os funcionários da empresa a fim de verificar atitudes que podem evoluir para casos de assédio moral e tentar encontrar maneiras de solucionar esses casos. Isso porque o assédio moral além de impactar no ambiente de trabalho, causa inúmeros afastamentos para o tratamento psicológico dos envolvidos.

Quando não resolvidos internamente, os casos de assédio moral podem ser levados à justiça. Como são muito difíceis de provar, normalmente só quando se tem testemunhas é que os agressores são punidos. O que se pôde verificar nesse trabalho é que em grande parte dos casos de assédio moral que ocorrem no ambiente de trabalho (quase 70%) a vítima conseguiu provar e o agressor recebeu alguma punição.

Por se tratar de um assunto com pouca legislação, a melhor maneira de tentar solucionar o problema e diminuir a sua incidência é divulgar mais informações sobre esse assunto e alertar as pessoas de que algumas atitudes não são saudáveis. Lógico que um ambiente competitivo é necessário para o desenvolvimento de uma empresa, mas essa competição deve ser estimulada de maneira natural e saudável, sem que para isso sejam necessárias situações humilhantes e constrangedoras.

É essencial que o Estado dispense maior atenção ao tema aqui estudado “assédio moral”, criando leis específicas, em sincronia com o desenvolvimento social, que previnam, reprimam e repare os danos advindos das ações de assédio moral, possibilitando assim, juntamente com uma sociedade consciente, uma vida digna para cada trabalhador.

8 REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio Moral na Relação de Emprego**. Curitiba. Juruá editora. 2007.

BARRETO, Margarida. **Uma Jornada de Humilhação**. 2000. 273 f. Dissertação de mestrado em Psicologia. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2000.

CARO, Flavia. **Assédio Moral no Trabalho: Como as Políticas de Saúde e Segurança podem ajudar na prevenção**. Disponível em: <<http://blog.gaveteiro.com.br/2018/04/16/assedio-moral-no-trabalho-como-as-politicas-de-saude-e-seguranca-podem-ajudar-na-prevencao/>> Acesso em: 21 mai. 2021.

CERQUEIRA, Vinícius da Silva. **Assédio Moral Organizacional nos Bancos**. São Paulo. LTR Editora. 2015.

DA SILVA, Jorge Luiz de Oliveira. **Assédio Moral no Ambiente de Trabalho**. Rio de Janeiro. Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2005.

DE CARVALHO, Nordson Gonçalves. **Assédio Moral na Relação de Trabalho**. São Paulo. Ridel. 2009.

FERREIRA, Leandro Silveira. PEIXOTO, Neverton Hofstadler. **Segurança do Trabalho I**. Santa Maria. UFSM. 2012.

GARCIA, Elias. Pesquisa bibliográfica versus revisão bibliográfica - uma discussão necessária. **Revista Línguas e Letras**, Cascavel, v.17, n. 35, p. 291 – 294, mai. 2016.

GASTAUD, Eduardo. **A Segurança no Trabalho Contra o Assédio Moral**. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/cotidiano/a-seguranca-no-trabalho-contra-o-assedio-moral/76200/>>. Acesso em: 25 mai. 2021.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre. Editora UFRGS, 2009.

GUEDES, Marcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho**. São Paulo. LTr. 2003.

Lei no. 4.595 de 1964. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm> . Acesso em 29 mai. 2021.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2010.

Mundo Carreira. **Entenda melhor a lei de assédio moral no trabalho e saiba se defender de abusos**. Disponível em: <<http://www.mundocarreira.com.br/dicas/entenda-melhor-lei-de-assedio-moral-trabalho-e-saiba-se-defender-de-abusos/>>. Acesso em 22 mai. 2021.

O que é assédio moral? Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/spip.php?article1>>. Acessado em: 20 mai. 2021.

OS IMPACTOS CAUSADOS PELO USO INDEVIDO DE DADOS PELOS FORNECEDORES E A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

CAROLINA MARQUES DE CASTRO SILVA:
Bacharelada do curso de Direito no Centro
Universitário Una Betim/MG.

MARIANE SILVA DE ANDRADE¹⁶³

(coautora)

LUCAS CAMPOS DE ANDRADE SILVA¹⁶⁴

(orientador)

RESUMO: O presente estudo se propõe a analisar as mudanças no mercado de consumo virtual. Inicialmente, pretende-se compreender a proteção da privacidade como um direito pessoal e fundamental, e, por consequência, abordar a proteção de dados, por ser estes pessoais e sensíveis. Em seguida, pretende-se analisar demandas concretas levadas ao Poder Judiciário, referente ao vazamento de dados. Ressaltar a importância da aplicação conjunta entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Proteção de Dados, além do compilado de leis voltadas para defesa do cidadão em ambiente virtual, como a Lei do Cadastro Positivo e o Marco Civil da Internet, visando a proteção do consumidor e de seus dados. Por conseguinte, refletir acerca da posição de vulnerabilidade do consumidor quanto a falta de conhecimento da norma e os impactos gerados no poder de autodeterminação na relação de consumo virtual. A pesquisa foi realizada pelo meio hipotético dedutivo, valendo-se de análise de dados e compilação doutrinária para verificar o conhecimento dos consumidores acerca da proteção de dados e julgados.

Palavras-chave: Privacidade e proteção de dados. Mercado virtual. Limitação jurídica.

ABSTRACT: The present study consists of analyzing the changes in the virtual consumer market. First, it is intended to understand the protection of privacy as a personal and fundamental right, and, consequently, to approach data protection, since these are personal and sensitive. Then, we intend to analyze concrete demands brought to the Judiciary, referring to data leakage. To emphasize the importance of the joint application of the Consumer Defense Code and the Data Protection Law, as well as the compilation of

¹⁶³ Bacharelada do curso de Direito no Centro Universitário Una Betim/MG.

¹⁶⁴ Advogado, graduado em Direito pelo Centro Universitário Una Betim (2013). Mestre em Direito Privado pela PUC Minas (2019). Conselheiro da OAB Contagem. Professor em Tempo Integral no Centro Universitário Una Betim.

laws aimed at defending citizens in virtual environments, such as the Marco Civil da Internet and the Law of the Positive Registration, to protect consumers and their data. Therefore, reflecting on the position of consumer vulnerability regarding the lack of knowledge of the norm and the impacts generated in the power of self-determination in the virtual consumption relationship. The research was conducted through data analysis, with the compilation of doctrine, to verify consumer knowledge about data protection and judgments.

Keywords: Privacy and data protection. Virtual market. Legal limitation

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Proteção ao Direito à Privacidade. 2.1. Dados a serem resguardados. 3. Demonstração prática da utilização indevida de dados. 4. Aplicação conjunta da Lei Geral de Proteção de Dados e a Proteção ao Consumidor. 5. Conhecimento da norma e Poder de Autodeterminação. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, o mercado de consumo foi se modernizando, principalmente com o fenômeno da globalização, gerando diversas mudanças sociais, políticas e principalmente econômicas. Um grande passo foi a utilização da tecnologia para estabelecer uma conexão mais próxima entre consumidor e fornecedor na internet, que vai muito além da aproximação física, que se torna cada vez mais obsoleta.

A partir do distanciamento físico na relação de consumo, surge uma nova configuração de mercado, na qual se tornou corriqueiro o uso de dados do consumidor, sendo eles pessoais ou sensíveis, a fim de concretizar essas relações. A utilização desses dados pode ser interpretada por dois vieses, sendo eles: positivo, como forma de garantia para ambos os lados, para o consumidor a fim de garantir a prestação de serviço, compra de produtos e/ou bens, e para o fornecedor conhecer as informações do cliente, contendo um perfil característico, apontando a identidade desses usuários em um banco de dados, para entender melhor os seus clientes e o perfil de mercado, e/ou também para garantir o pagamento pela prestação de um serviço ou venda de produtos. Entretanto, reluz aos olhos o viés negativo, pois a partir do momento em que se tem acesso a esses dados, abre também as portas para utilização indevida, vazamento de informações, nascendo um mercado ilícito de compra e venda de dados.

A relação de consumo na internet nem sempre se configura por uma compra direta de bens/serviços entre consumidor e fornecedor, haja vista que existem também as relações de consumo nas mídias sociais, como em aplicativos de conversa e de compartilhamento de fotos. Ou seja, não envolve propriamente o pagamento em moeda pela utilização do serviço, pois o consumidor entende que essa prestação de serviço é gratuita. Todavia, existe um mercado por detrás, que envolve outros fornecedores,

empresas que com olhos atentos buscam captar mais clientes, ter acesso ao seu perfil característico de compras para aumentar o seu engajamento no mercado, exercendo um domínio sobre o consumidor, controlando suas movimentações cibernéticas.

Diante dessas novidades no mundo comercial digital, tornaram-se os dados uma moeda valiosa de compra e venda, demonstra-se a importância do direito para proteção das relações de consumo, sejam elas presenciais, virtuais, onerosas ou gratuitas no Brasil, amparadas pelo Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, até então não existia legislação específica vigente no país que colocasse os dados como protagonistas, tornando o acesso de dados algo pouco conhecido pelos consumidores, o que gerava insegurança jurídica nas relações.

O alcance acerca do assunto foi surgindo ao longo dos anos, primeiramente, pela Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, conhecida como Lei do Cadastro Positivo, visando disciplinar a formação dos meios de consulta de dados e informações dos consumidores, para fins de formação do histórico de crédito, posteriormente, a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, voltada para as interações no meio virtual, estabelecendo direitos e deveres no uso da internet no país e as diretrizes de acesso. Lado outro, a especificidade da proteção dos dados, com a disposição acerca dos conceitos de cada tipo de dado, os agentes envolvidos, e a possibilidade de tratamento dos dados, advém com a implementação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, em vigor desde o dia 18 de setembro de 2020, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), considerada um grande avanço na proteção ao direito à privacidade.

Nesse sentido, a proteção de dados passa por uma série de questões a serem observadas, como a proteção de dados sendo um direito inerente à privacidade, ou seja, torna-se um direito individual e fundamental a ser resguardado, entretanto, desconhecido pela grande maioria das pessoas. Atualmente, demonstra-se ser indispensável tratar da proteção de dados no ramo consumerista, fomentando a sua divulgação para conhecimento da população em geral, visto que cada vez mais as relações de consumo passam a ser virtuais, sem contato físico entre os envolvidos, o que gera maior dificuldade de comunicação entre os polos e maior exposição do consumidor, ressaltando a sua vulnerabilidade e necessidade de maior proteção.

2. PROTEÇÃO AO DIREITO À PRIVACIDADE

No que tange a proteção de dados, nada melhor para começar do que se tratando da privacidade, não somente dos consumidores, mas de todas as pessoas, de terem sua privacidade resguardada, sendo pelos dados pessoais, imagem, sua privacidade dentro de seu domicílio, dentre outros locais. Sua previsão legal se encontra na Constituição Federal da República de 1988, artigo 5º, inciso X, dispõe acerca da inviolabilidade da intimidade,

privacidade, honra e imagem das pessoas, cabendo-lhes o direito de indenização por danos materiais e morais decorrentes de eventual violação.

Outrossim, para entender o conceito de privacidade, Rita Blum aponta o entendimento de José Afonso da Silva, que diferencia intimidade e privacidade como:

A intimidade, prevista no art. 5º, X, vem tratada de forma distinta de outras manifestações da privacidade: a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Para o autor, vida privada é um conceito que, no atual texto constitucional, distingue-se do direito à intimidade. São dele as seguintes palavras: VIDA PRIVADA. É também inviolável. Não é fácil distinguir “vida privada” de “intimidade”. Aquela, em última análise integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades de foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito do indivíduo de viver sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto de pesquisa e das divulgações de terceiros, porque é pública. (SILVA, 2011 *apud* BLUM, 2018 p.25).

De acordo com o entendimento de Silva, a privacidade deve ser observada sobre o prisma interior e exterior, o indivíduo consigo mesmo e a coletividade, como as relações sociais geram a exposição pessoal de forma coletiva. Referente ao conceito de privacidade, Tatiana Malta Viera (2007, p. 28) tem-se uma distinção entre intimidade e a vida privada, compreendendo o direito à privacidade transformado na capacidade inerente de todos, o que pode impedir que estranhos invadam sua privacidade e intimidade, e controlar suas próprias informações para evitar o acesso não autorizado e divulgação, o direito de ser descoberto tem dois atributos em termos de privacidade e proteção, existindo certas diferenças entre eles.

Para Vieira (2007), a intimidade se molda a partir de pensamentos, conceitos e emoções pessoais, a ser mantida em segredo, preservando a intimidade pessoal. Lado outro, a privacidade diz respeito, a vida pessoal e familiar daquele indivíduo e o seu contato como a vida em comum, em sociedade.

A vida privada inclui a confidencialidade, retenção de informações e dados que o indivíduo quer manter longe de exteriorização, impedindo que terceiros tomem conhecimento acerca dessas informações e conseqüentemente venham a fazer seu uso indevido ou divulgação.

Conforme entendimento de Bruno Ricardo Bioni:

O que é público e privado é o que normatiza o conteúdo do direito à privacidade, sendo a sua lógica centrada na *liberdade negativa* de o indivíduo não sofrer interferência alheia a definição do que venha a ser privado é difícil de ser estabelecida afora os casos supracitados (domicílio, correspondência e comunicação). Por isso, privacidade tem sido considerada uma palavra-camaleão ou um termo guarda-chuva cuja conceituação é obscura, de definição improvável ou impossível. (BIONI, 2019, p.91).

Nesse sentido, a diferença entre intimidade e vida privada está relacionada, não no contexto da proteção de dados em si, enfatiza-se a necessidade de proteção de qualquer informação pessoal, embora pareça irrelevante, como gostos musicais e preferências de vestuário, por exemplo. Mas é preciso ter a consciência da gravidade dos danos relacionados ao acesso impróprio ou divulgação de informações e dados pessoais. Resultando, portanto, quanto mais profundo for o campo envolvido, maiores serão os danos causados à privacidade como um todo.

2.1. DADOS A SEREM RESGUARDADOS

Para poder compreender o direito à privacidade, relacionando-a com a proteção dos dados, é importante inicialmente trazer sua conceituação, o doutrinador Bruno Bioni, conceituando-os da seguinte maneira:

O conceito de dados pessoais é um elemento central para que se aperfeiçoe a normatização sob análise, na medida em que se estabelecem os limites da própria tutela jurídica em questão. Em outras palavras, um dado que não avoque tal qualidade não poderia ser cogitado como um prolongamento da pessoa por lhe faltar tal centro de imputação. (BIONI, 2019, p. 58)

Nesse mesmo sentido, Patrícia Peck traz uma breve definição de quais dados se enquadram como sendo pessoais:

São dados que estejam relacionados a características da personalidade do indivíduo e suas escolhas pessoais, tais como origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente a saúde ou a vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. (PECK, 2020, p. 35)

A Lei Nº 13.709 de 2018, de 14 de agosto de 2018, a ser posteriormente aprofundada neste estudo, conhecida como Lei de Proteção de Dados, em seu artigo 5º, traz características e a diferenciação entre os dados existentes, elucidados pelos incisos I, II e III, dispõe que:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

III - dado anonimizado: dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento [...];(BRASIL, 2018)

De forma clara e concisa, a lei aponta as espécies de dados, o que de fato é positivo, a identificação do cidadão é instantânea, interpretando a norma e a sua real aplicação e quais os dados devem ser protegidos, abrangendo até mesmo dados que não dizem respeito a identificação direta do titular, mas que traçam características de busca virtual, como por exemplo acesso aos *cookies*, uma personalização de pesquisa em um determinado site, que vêm cada vez mais se popularizando entre as pessoas. Quem nunca se deparou com um aviso de concordância com a política de armazenamento de dados, por meio de *cookies*, ao entrar em um determinado site?

A compreensão do que seriam os *cookies* de acesso, é apontada claramente por Vieira:

Cookies consistem em pequenos programas que servem para coletar informações e agilizar a navegação em rede. Operam, usualmente, sem o consentimento e sem o conhecimento do usuário, podendo apresentar-se em dois tipos: os que são gravados diretamente no computador do internauta, objetivando-se facilitar um futuro acesso ao mesmo sítio cibernético; e aqueles que só servem para coletar dados do visitante, cujo destino é inevitavelmente o banco de dados do prestador de serviço da sociedade da informação. (VIEIRA, 2007, p.194)

Além disso, os dados pessoais podem ser divididos em três espécies: *não sensíveis*, *sensíveis* e de *tratamento proibido*. Essa diferenciação é trazida por Tatiane Vieira (2007, p. 228-229), na qual, os *dados não sensíveis* pertencem ao primeiro círculo da teoria alemã das esferas, diz respeito aos dados que podem ser coletados e armazenados sem o consentimento prévio dos usuários, como por exemplo o nome, sexo e estado civil. Os *dados sensíveis* pertencem ao segundo círculo, relacionados à esfera íntima ou confidencial da pessoa, como por exemplo sua raça, opiniões, características físicas e até mesmo saúde e vida sexual. E os denominados de *tratamento proibido*, são ainda mais profundos e secretos, abrangendo as manifestações espirituais da pessoa e características da vida íntima.

Acerca do grau de lesividade quanto ao tratamento de dados sensíveis, ressalta Danilo Doneda (2010, p. 26) “a própria seleção de quais seriam tais dados provém da avaliação de que a circulação de determinadas espécies de informação apresentaria um elevado potencial lesivo aos seus titulares”. Considera-se como sendo tratamento de dados, conforme previsão do artigo 5º, inciso X, da LGPD, nestes termos:

Art. 5º. Para os fins desta Lei, considera-se:

X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração; (BRASIL, 2018)

O tratamento de dados sensíveis é sim, possível, desde que enquadradas dentro das hipóteses do artigo 11, da Lei 13.709/2018 – LGPD, conforme reforça Danilo Doneda (2010, p. 27), “[...] deve ser sempre uma exceção justificada pela relevância dos valores em questão e verificado que não há possibilidade de que seja realizada uma utilização discriminatória dos dados”.

Deve-se notar que, mesmo dados considerados não sensíveis, precisam ser protegidos, como evidência Tatiane Vieira (2007, p. 229), “ao serem confrontados com outros dados, podem revelar aspectos que o titular gostaria de manter em sigilo, por afrontarem diretamente seu direito à privacidade”. Mesmo que alguns dados pessoais não apresentem informações importantes, devem ser submetidos a procedimentos e medidas especiais de proteção quando analisados separadamente, conforme entendimento de Tatiane Vieira (2007), uma vez agrupados, podem definir informações e dados dos titulares, que criam uma espécie de perfil. Portanto, pode-se dizer que dados pessoais não são apenas dados relativos à pessoa identificada, como nome, endereço, telefone e e-mail, mas também inclui aqueles que podem ser identificados por

associação, como por meio impressões digitais ou registros médicos, que traçam um conjunto de dados que se utilizados interligados, pode-se chegar ao seu titular, sem o devido consentimento ou aceitação.

4. DEMONSTRAÇÃO PRÁTICA DA UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE DADOS

Superada à compreensão sobre os conceitos básicos acerca do que são os dados, passa-se a observar as falhas em sua proteção, como compartilhamento e venda de dados entre empresas, utilizada como estratégia de maior alcance de consumidores, por meio de seu perfil de compras, assim como, salienta Patrícia Peck, a importância dos dados nas relações virtuais:

[...] a necessidade de uma lei específica sobre proteção dos dados pessoais decorre da forma como está sustentado o modelo atual de negócios da sociedade digital, na qual a informação passou a ser a principal moeda de troca utilizada pelos usuários para ter acesso a determinados bens, serviços ou conveniências. (PECK, 2020, p. 40)

Como resultado, são inúmeras as demandas levadas ao Judiciário, na qual os consumidores lesados buscam proteção, conforme verifica-se no julgado infracitado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE DADOS PESSOAIS. QUALIFICAÇÃO E ENDEREÇO. IMPOSSIBILIDADE. REGISTRO DE ACESSO A APLICAÇÕES. MARCO CIVIL DA INTERNET. DELIMITAÇÃO. PROTEÇÃO À PRIVACIDADE. RESTRIÇÃO. 1. Ação ajuizada em 07/11/2016, recurso especial interposto em 07/11/2018 e atribuído a este gabinete em 01/07/2019. 2. O propósito recursal consiste em determinar, nos termos do Marco Civil da Internet, a qualidade das informações que devem ser guardadas e, por consequência, fornecidas sob ordem judicial pelos provedores de aplicação. Em outras palavras, quais dados estaria o provedor de aplicações de internet obrigado a fornecer. 3. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet. Precedentes. 4. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é consolidada no sentido de - para adimplir sua obrigação de identificar usuários que eventualmente publiquem conteúdos considerados ofensivos por

terceiros - é suficiente o fornecimento do número IP correspondente à publicação ofensiva indicada pela parte. 5. O Marco Civil da Internet tem como um de seus fundamentos a defesa da privacidade e, assim, as informações armazenadas a título de registro de acesso a aplicações devem estar restritas somente àquelas necessárias para o funcionamento da aplicação e para a identificação do usuário por meio do número IP. 6. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1829821 SP 2019/0149375-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 25/08/2020, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: Dje 31/08/2020).

O compartilhamento de dados entre empresas e agências governamentais não é permitido, como já citado anteriormente, mas uma exceção é quando o titular torna seus dados públicos, ou quando a execução de uma atividade pública precisa ser compartilhada e legalmente amparada sob certas circunstâncias que são específicas em lei, portanto, ultrapassam a vontade do titular. Quando o consumidor opta em não deixar seus dados públicos, indicando violação dos direitos do consumidor pelas empresas, estes se tornam objeto de demandas judiciais, conforme a seguinte demanda.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO. PROCON. MULTA. COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS DE CONSUMIDORES. OI S.A. 1. Viola o direito do consumidor e o disposto na Resolução nº 003/2010 da SMSPC, a atitude da empresa de telefonia que compartilha seus dados pessoais com terceiros, ou, no mínimo, é negligente no cuidado com essas informações, possibilitando que outra empresa os obtenha. 2. O art. 57 do CDC diz que a multa será fixada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, o que se constata tenha prevalecido como parâmetro para fixar o valor da penalidade. Precedentes. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-RS - AC: 70082442237 RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Data de Julgamento: 13/11/2019, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 22/11/2019).

Devido ao grande acesso à internet e aos avanços tecnológicos, as empresas coletam certos tipos de informações de seus clientes, sendo o nome, e-mail, foto postada em redes sociais ou até mesmo o endereço, no intuito de comercializá-las e utilizar como meio para alcance publicitário, mantendo-as nos bancos de dados da empresa que as coletou.

O maior problema é que não apenas as empresas perceberam o valor desses dados, mas os cibercriminosos também perceberam. Este é um dos crimes cibernéticos mais

perigosos da atualidade: a causa do vazamento de dados. Não apenas as pequenas empresas são afetadas pela violação de dados, mas principalmente as grandes empresas. O sigilo dos dados pessoais deve ser mantido entre empresa e consumidor, quando quebrado gera-se repercussões criminais, como observa-se:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS PESSOAIS. REGISTROS DE ACESSO À INTERNET E FORNECIMENTO DE IP. DECISÃO GENÉRICA. NÃO INDICAÇÃO DE PARÂMETROS MÍNIMOS PARA IDENTIFICAÇÃO DOS USUÁRIOS. NÃO DELIMITAÇÃO, ADEMAIS, DO ESPAÇO TERRITORIAL EM QUE VEICULADA A ORDEM. PROTEÇÃO À INTIMIDADE E AO SIGILO DE DADOS (ART. 5º, X e XII, CF). QUESTÃO CONSTITUCIONAL. POTENCIAL MULTIPLICADOR DA CONTROVÉRSIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Possui índole constitucional e repercussão geral a controvérsia relativa aos limites e ao alcance de decisões judiciais de quebra de sigilo de dados pessoais, nas quais determinado o fornecimento de registros de acesso à internet e de IPs (internet protocol address), circunscritos a um lapso temporal demarcado, sem, contudo, a indicação de qualquer elemento concreto apto a identificar os usuários. 2. Repercussão geral reconhecida. (RE 1301250 RG, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 07-06-2021 PUBLIC 08-06-2021).

Atualmente, notícias sobre violação de dados e graves consequências de penalidades corporativas não são incomuns no noticiário. Como exemplo desse cenário, a ação civil pública por danos morais coletivos contra o Banco Inter S/A, pela falha na segurança dos dados de seus clientes, conforme notícia extraída no portal do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, publicada em 31 de julho de 2018, que diz:

A Comissão de Proteção dos Dados Pessoais do Ministério Público do DF e Territórios (MPDFT) ajuizou nesta segunda-feira, 30 de julho, ação civil pública por danos morais coletivos contra o Banco Inter S/A. Na ação, o Ministério Público pede a condenação do banco ao pagamento de R\$ 10 milhões, a título de indenização, em razão de não ter tomado os cuidados necessários para garantir a segurança dos dados pessoais de seus clientes e não clientes. O valor, no caso de condenação, será revertido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). (MPDFT, 2018)

Esses são alguns dos exemplos de casos que vêm surgindo, deixando claro a vulnerabilidade ainda maior com o mundo tecnológico, a proteção a ser instaurada advém

da aplicação conjunta entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), em consonância com a Constituição Federal, a fim de trazer as devidas sanções aos fornecedores/prestadores de serviço.

4.APLICAÇÃO CONJUNTA DA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

Diante tamanha vulnerabilidade concreta na qual os consumidores encontram-se expostos, é importante compreender a relação entre o Código de Defesa do Consumidor e a recente Lei Geral de Proteção de Dados, somando forças na luta pela proteção do consumidor no meio virtual.

O Código de Defesa do Consumidor trata-se de uma legislação antiga, instituído pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou seja, mais de duas décadas já se passaram desde a sua instituição. Indiscutivelmente, as demandas da época eram outras, mas ainda assim houve o interesse e a importância em abordar a proteção do consumidor, no que concerne à iniciativa de proteção aos seus dados, mais propriamente definidos pelos artigos 43 e 44, CDC, que tratam dos bancos de dados e cadastro dos consumidores. Entretanto, apesar da definição no CDC, a sociedade em geral não sabia quais eram esses dados, como seriam protegidos, e a quem deveriam recorrer quando houvesse sido observada violação por parte das empresas.

Como resultado, nascem os diversos casos de vazamento de dados, sendo eles individuais e/ou coletivos, sem a devida pauta trazida em uma legislação especial. Muitos desses casos não chegaram nem mesmo ao conhecimento da população em geral, visto que não havia legislação específica em vigor que pudesse definir os parâmetros necessários para fiscalização e punição em caso de vazamento e divulgação de dados dos consumidores.

Como um passo inicial, surgiu a Lei nº 12.414, do ano de 2011, conhecida como Lei do Cadastro Positivo, cujo objeto seria a disciplina da formação e consulta dos bancos de dados dos consumidores, sua atuação aplicável sem prejuízo ao Código de Defesa do Consumidor, como assim dispõe o artigo 1º, da referida legislação.

Consequente, adveio a Lei nº 12.965, do ano de 2014, denominado como Marco Civil da Internet (MCI), cujo objetivo era regulamentar o uso e acesso da internet no país. Sua aplicação foi mais um passo de sucesso na busca da proteção aos usuários no meio virtual, conforme disposto pelos seus artigos 7º e 8º, a fim de garantir a inviolabilidade da intimidade e da privacidade, assim como a garantia do sigilo das comunicações no meio virtual. Nessa conjuntura, por fim, surge a Lei 13.709/2018, denominada como Lei de Proteção de Dados (LGPD), voltada para os diversos tipos de dados existentes, visando proteger à privacidade e a liberdade das pessoas. Conforme definido pelo artigo 1º, LGPD:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018)

A defesa do consumidor é apontada como um dos fundamentos da Lei de Proteção de Dados, em seu 2º artigo:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade; [...]

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; (BRASIL, 2018)

A importância da aplicação conjunta entre a LGPD e o CDC foi ressaltada pelo legislador no corpo da lei. O professor e advogado Bruno Ricardo Bioni (2019), reforça esse entendimento ao denominar a LGPD como uma fonte normativa material geral, ou seja, ela pode e deve ser utilizada conjuntamente com demais normas no direito, quando possível aplicá-la, formando-se como uma orientação hermenêutica embutida.

É interessante observar ainda, como ocorre essa comunicação entre as normas, sob o prisma de três vertentes, Bruno Bioni demonstra como o diálogo entre as norma deve ser considerado:

a) coerência-sistemática: a LGPD e outras leis podem servir de *base conceitual* uma para a outra, fornecendo-se *vis-a-vis* critérios e elementos interpretativos. Essa influência recíproca teria o potencial de garantir unicidade ao sistema jurídico brasileiro de proteção de dados pessoais, a partir de uma lógica de coerência interna da LGPD e externa de outras normas de proteção de dados;

b) complementariedade-subsidiariedade: a LGPD agregou novos parâmetros de governança para o uso de dados pessoais, os quais devem *complementar e ser aplicados de forma coordenada com os anteriores*. Em especial a LGPD terá que ser sincronizada, por exemplo, com a Lei do Cadastro Positivo, o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet, os quais já dispõem de normas de proteção de dados pessoais.

c) coordenação-adaptação sistêmica: a LGPD define conceitos e princípios que, quando aplicados a outras leis, *redefinem o escopo de aplicação e os parâmetros delas – e vice-versa*. Trata-se da influência do sistema especial no geral e do geral no especial. (BIONI, 2019, p. 259)

Assim, resta claro a posição de importância da LGPD perante as demais áreas do direito, não havendo superioridade entre elas, mas sim adequação para aplicação dentro do caso concreto. Para elucidar essa aplicação conjunta entre a Lei de Proteção de Dados e o Código de Defesa do Consumidor, Bruno Miragem traz o seguinte exemplo:

A violação do direito de acesso aos dados, que se pode caracterizar pela simples recusa, mas, sobretudo na dinâmica atual do mercado de consumo, pela imposição de obstáculos ao acesso, exigindo que o consumidor reporte-se a diferentes pessoas ou setores distintos para acesso a estas informações, retardando-o injustificadamente e deixando de facilitar o exercício do direito, configura infração aos direitos do consumidor passível de sanção, em comum, pela LGPD e pelo CDC (LGL\1990\40), sem prejuízo de eventual responsabilização por danos. (MIRAGEM, 2019, p.10)

A responsabilização por danos causados, encontra-se na aplicação do artigo 14, CDC, que deixa claro a posição de responsabilidade do fornecedor, independente de culpa ou dolo, reparando o consumidor em caso de defeito na prestação de serviço. Nesse mesmo viés, também se aplica o artigo 44, LGPD, que dispõe quanto ao tratamento de dados pessoais de forma irregular ou quando não fornecer a devida segurança ao seu titular. Define-se, portanto, que:

Art.44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo pelo qual é realizado;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de

adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano.

(BRASIL, 2018)

A violação da segurança dos dados repercute seus efeitos na seara digital, e na seara consumerista, para Bruno Miragem (2019), a relação entre a LGPD e o CDC, encontra-se claramente demonstrada seguindo a técnica legislativa empregada para sua criação, quando assemelha a disciplina do regime do fato do produto/serviço e aos critérios de dever de segurança dos dados dos usuários. Nesse viés, ressalta Danilo Doneda:

O reconhecimento da necessidade de preservação de um vínculo e do controle das informações pessoais por seus titulares deve ensejar o reconhecimento amplo, dentro do próprio direito do consumidor, do caráter personalíssimo destas informações e de que, em muitas hipóteses, é inadequado o seu tratamento por meio de instrumentos puramente negociais. (DONEDA, 2010, p.111)

Em síntese, no mercado de consumo aplicar-se-á o CDC e ainda assim, a LGPD, quando o dano ao consumidor for observado pelo aspecto da falha na proteção de dados pelo fornecedor, em determinada relação de consumo.

5. CONHECIMENTO DA NORMA E PODER DE AUTODETERMINAÇÃO

Visto toda construção acerca da importância da proteção ao direito à privacidade, o entendimento acerca dos dados que devem ser protegidos, as muitas falhas cometidas pelas grandes empresas e como a proteção dos dados encontra-se diretamente ligada à proteção dos consumidores, é importante se colocar no lugar do consumidor, entender a sua visão acerca da lei e seus mecanismos de defesa.

Neste momento, surge a seguinte reflexão, o Brasil de fato vem evoluindo ao longo dos anos na busca de proteção aos dados, entretanto, ainda se tem um longo caminho a percorrer, pois do que adianta a criação de uma legislação específica para tratar do tema em questão, se o público em geral à desconhece, não sabe como buscá-la quando se encontrar numa situação de vulnerabilidade. O direito deve se moldar de acordo com os lapsos contemporâneos da sociedade, mas essa moldura deve ser fixada a fim de dar maior visibilidade das normas àqueles que mais precisam, como por exemplo o consumidor, que possui uma posição de vulnerabilidade técnica, econômica, jurídica e informacional.

Segundo uma recente pesquisa, divulgada no dia 01 de julho de 2021, feita pelo Núcleo de inteligência e Pesquisa – EPDC – PROCON do Estado de São Paulo, tendo como total de participantes, 7.408 pessoas, na qual deveriam responder um questionário disponibilizado no site e redes sociais do PROCON-SP, revelaram percentuais que reforçam

a vulnerabilidade da sociedade em geral, quando o assunto é o conhecimento sobre LGPD e meios de proteção. O objetivo da pesquisa era “captar a percepção dos consumidores quanto à proteção de seus dados, o que conhecem sobre a LGPD e se já foram vítimas de exposição indevida/vazamento de dados” (PROCON/SP, 2021).

Quanto à pesquisa feita, algumas perguntas instigam reflexão. Quando perguntadas se conheciam a Lei de Proteção de Dados, assustadoramente, a maioria dos entrevistados, 65,04%, correspondente a 4.818 pessoas, responderam que não conheciam (PROCON/SP, 2021). Resultado este alarmante, visto que a LGPD se encontra em vigor no país e cada vez mais a sociedade encontra-se inserida rotineiramente utilizando ferramentas tecnológicas.

Foram feitas diversas perguntas, dentre elas o que as pessoas sabiam sobre dados pessoais, qual conhecimento tinham acerca da LGPD e se já tiveram a experiência negativa de vazamento de dados, dentre outras. Ao serem questionadas se já tiveram conhecimento se seus dados já foram divulgados ou vazados, “a maioria, 72,77% (5.391) não teve conhecimento de vazamento de seus dados, mas um percentual considerável, 27,23% (2.017) teve” (PROCON/SP, 2021). Quanto àquelas que tiveram seus dados vazados, foi-lhes perguntado qual atitude tomaram após o vazamento e surpreendentemente a resposta foi “apenas 36,74% (741) afirmaram ter tomado alguma atitude, portanto, a maioria, 63,26%, nada fez: 42,14% (850) porque não sabem onde recorrer e 21,12% (426) por acreditar que não adianta reclamar” (PROCON/SP, 2021).

Neste contexto, mesmo que baixo o número de participantes da pesquisa, os percentuais refletem muita coisa, demonstram o quanto as pessoas se sentem perdidas ao tratarem do conhecimento acerca de seus próprios dados, desconhecem a norma que as ampara quanto o assunto for proteção aos dados, muitas desconhecem a quem devem recorrer quando forem lesadas. Assim, a pesquisa ressalta o questionamento que deve ser feito, qual atitude deve ser tomada para que mais pessoas conheçam os seus próprios direitos? Como seria possível uma ampliação na divulgação da LGPD?

Esse papel não é somente do Estado e do Poder Público, as empresas devem como forma de alavancar o mercado, demonstrar preocupação com os seus consumidores. É interessante observar essa reflexão feita por Bruno Bioni, na qual ressalta:

Há uma nova roupagem para que a autodeterminação informacional seja elástica o suficiente para governar tais usos dos dados pessoais, os quais não podem ser previamente especificados (*presentificados*) de maneira rígida. É uma bagagem normativa-teórica que tem como vetores de aplicação os princípios da boa-fé e confiança, já altamente adensados na cultura jurídica brasileira. (BIONI, 2019, p. 263)

Por meio da adoção de medidas de conscientização, campanhas publicitárias, postagens em redes sociais sobre o assunto, por exemplo, de forma didática e de fácil compreensão, levando conhecimento ao seu público consumidor, visando reforçar a confiança e a boa-fé nas relações de consumo firmadas.

Conforme pode-se observar da Lei de Proteção de Dados (LGPD), o legislador deu destaque à boa-fé, elencando os princípios a serem seguidos no tratamento de dados pessoais, em seu artigo 6º, inciso "X", ressalta o princípio da *responsabilização e prestação de contas pelos agentes*, demonstrando a adoção de medidas eficazes do cumprimento das normas de proteção de dados.

O conhecimento da norma não deve ser direcionado apenas aos atuantes do Direito, deve se estabelecer uma compreensão da sociedade como um todo, afinal conforme previsto no artigo 2º, da Lei 13.709/2018, em seu inciso II, a autodeterminação informativa é um dos fundamentos que regem a Lei de Proteção de Dados, é incompatível falar em dados, poder de autodeterminação dos usuários, quando estes desconhecem a própria lei que os rege e como devem proceder quando se sentirem lesados.

Esse entendimento é abordado por Bruno Ricardo Bioni, que ressalta:

O principal vetor para alcançar tal objetivo é franquear ao cidadão controle sobre seus dados pessoais. Essa estratégia vai além do consentimento do titular dos dados, pelo qual ele autorizaria o seu uso. Tão importante quanto esse elemento volitivo é assegurar que o fluxo informacional atenda às suas legítimas expectativas e, sobretudo, não seja corrosivo ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (BIONI, 2021, p. 108)

Para enfim alcançar a autodeterminação das pessoas, sendo o cidadão o responsável por seus dados e como controlá-los, se faz necessário primeiramente, à compreensão dos dispositivos de lei, o entendimento do consumidor da sua posição na relação de consumo, compreendendo a importância da proteção de seus dados e quais serão suas ferramentas de defesa, a prevalência do direito à privacidade como um todo, para que assim possa haver um equilíbrio nas desigualdades observadas nas relações de consumo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação entre o consumidor e o prestador de serviço deve ser amistosa, ponderada pelo respeito mútuo e transparência. É possível observar que devido ao grande avanço tecnológico, as mudanças na relação de consumo geram insegurança nos consumidores, que não sabem como lidar com relações cada vez mais tecnológicas e menos presenciais.

De fato, é necessário ressaltar a importância da proteção do consumidor como parte mais vulnerável, resguardando sua privacidade constitucionalmente definida, assim como, incluir os dados nessa proteção, estando intimamente interligados. A compreensão sobre o que são os dados, e quais são aqueles considerados pessoais e que não devem ser objeto de divulgação e compartilhamento, é essencial para que o consumidor/usuário, sinta-se apto a lidar com o mercado de consumo virtual.

Além disso, a presença cada vez mais rotineira de novas demandas relacionadas ao vazamento de dados indevidos, reforçam a necessidade cada vez maior de previsão legal específica para dispor acerca da proteção dos dados e da devida punição àqueles que descumprirem com as regras do mercado, a fiscalização de denúncias e irregularidades deve ser exercida pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), como assim dispõe o artigo 55, alínea J e seus incisos, da Lei Geral de Proteção de Dados e, também deve ser exercida pelo Programa de Proteção ao Consumidor (PROCON), órgão responsável por lidar com questões que envolvam fornecedores e consumidores. O avanço legal sobre o tema, é motivo de satisfação, todavia, a luta não deve se findar, visto que cada vez mais surgem novas mazelas sociais a serem sanadas, novos meios de prejudicar o consumidor como parte mais vulnerável.

Como resultado dessa luta, surge a Lei de Proteção de Dados, com o intuito de garantir à privacidade e o poder de autodeterminação, a fim de garantir que de fato haja consentimento do usuário ao dialogar no mercado virtual, com total consciência e responsabilidade por seus dados e como buscar protegê-los. É inegável que o Direito atua de forma conjunta, nesse sentido, as demandas relacionadas ao mercado de consumo virtual e proteção de dados, que envolvam consumidor e fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) será aplicado conjuntamente com a Lei de Proteção de Dados (LGPD), estabelecendo uma relação basilar e de coerência entre ambas as legislações.

Por fim, do que adianta a existência e vigência de uma norma, quando ela não é de conhecimento e compreensão, pela sociedade em geral. Mesmo diante das demandas levadas ao Judiciário acerca do tema, ainda é preciso alcançar o maior número de pessoas possível, para que a grande maioria possa ter consciência da importância de seus dados, do valor que eles têm no mercado e da existência da LGPD e seus termos. Analisando a norma para quem ela deve ser aplicada, sob a visão do consumidor, amadurecendo-o para criar o seu poder de autodeterminação e prevalência do seu direito à privacidade e proteção dos dados.

7.REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento*. Grupo GEN, 2019. 2 ed: Rio de Janeiro. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983291/>. Acesso em: 07 out. 2020.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento. Grupo GEN, 2021*. 3 ed: Rio de Janeiro. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994105/>. Acesso em: 28 jul. 2021.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. *O Direito à Privacidade e à Proteção dos Dados do Consumidor*. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584933181/>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia** / Escola Nacional de Defesa do Consumidor; elaboração Danilo Doneda. – Brasília: SDE/DPDC, 2010. Disponível em: https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/vol_2_protecao_de_dados_pessoais.pdf Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. **Lei do Cadastro Positivo**. Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. **Marco Civil da Internet**. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. **MPDFT ajuíza ação contra o Banco Inter por vazamento de dados pessoais**. Distrito Federal e Territórios, 2018. Disponível em: <https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de->

[imprensa/noticias/noticias-2018/10211-mpdft-ajuiza-acao-contra-o-banco-inter-por-vazamento-de-dados-pessoais>](#). Acesso em: 28 jul. 2021.

MIRAGEM, Bruno. **A lei geral de proteção de dados (lei 13.709/2018) e o direito do consumidor**. Revista dos Tribunais, v. 1009, 2019. Disponível em: <<https://brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentário à Lei 13.709/2018 (LGPD)** – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553613625/>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

SÃO PAULO. Procon de São Paulo - Secretaria da Justiça e Cidadania. **Pesquisa comportamental percepção do consumidor quanto à proteção dos seus dados e a LGPD**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.procon.sp.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/Relatorio_LGPD.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2021.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. 2007. 297 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/3358>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

ANÁLISE COMPARATIVA DOS PROCEDIMENTOS DE INVENTÁRIO E ARROLAMENTO NO CPC/2015

VITOR PAIVA FIORINDO: Advogado inscrito na OAB/MG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Resumo: O artigo analisa comparativa e criticamente os procedimentos especiais de inventário e arrolamento tal como previstos no Código de Processo Civil de 2015. Embora destinados ao mesmo fim, qual seja, a partilha de bens de uma herança, os múltiplos ritos processuais previstos pela lei processual devem ser bem conhecidos pelo operador do direito em suas semelhanças, diferenças, vantagens e desvantagens, a fim de que possam ser melhor instrumentalizados na obtenção célere, segura e efetiva do bem da vida. A partir de estudo contextualizado e com apoio na doutrina da recente reforma da lei processual, pretende-se oferecer base jurídica sólida para a melhor escolha do rito pelo advogado e a adequada condução do processo pelas partes e pelo juiz. Após a apresentação de cada um dos ritos processuais, bem como a análise dos principais aspectos tributários envolvidos, prossegue-se à comparação entre os procedimentos, demonstrando-se, ao final, que as diferenças são principalmente no grau de simplificação, de modo que a lei admite maior simplicidade e celeridade quanto menor for o risco à segurança jurídica. Com isso, tem-se um leque de possibilidades que se amoldam às diferentes situações fáticas no contexto sucessório.

Palavras-chave: Partilha. Herança. Inventário. Arrolamento. Ritos especiais. Código de Processo Civil de 2015.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Inventário. 3. Arrolamento. 4. Aspectos tributários. 5. Análise comparativa. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

Por força do art. 1.784 do Código Civil, a morte da pessoa natural transmite imediatamente aos sucessores seu conjunto de relações jurídicas patrimoniais (herança), o que se designa por *saisine*. No entanto, a transmissão é da universalidade jurídica de bens, pelo que é preciso instaurar procedimentos a fim de individualizar os bens e herdeiros e atribuir a cada um o que lhe cabe.

Inventário e arrolamento são espécies de procedimento de rito especial destinados a catalogar os bens do autor de uma herança a fim de permitir sua partilha entre os herdeiros. Estes procedimentos estão dispostos no Código de Processo Civil de 2015 entre os artigos 610 e 673 e, embora compartilhem a mesma finalidade, guardam

relevantes diferenças que dizem respeito principalmente ao grau de formalidade, que é proporcional à complexidade dos interesses envolvidos.

Vale apontar que há ainda exceção legal à obrigatoriedade destes procedimentos, expressa no art. 666 do CPC, que permite o pagamento dos valores previstos na Lei 6.858/80 mediante a mera expedição de alvará judicial, tornando essa fase muito mais rápida e barata. As parcelas previstas na referida lei são as quantias objeto de depósito nas contas de FGTS e PIS-Pasep do *de cujus*, além do levantamento pelos dependentes de restituição de imposto de renda, tributos, saldos bancários, cadernetas de poupança e fundos de investimento de valor não superior a 500 ORTN.

2. Inventário

Sobre o inventário, é importante que primeiramente se destaque que ele se divide em inventário judicial e inventário extrajudicial. A modalidade extrajudicial foi autorizada pelo ordenamento na Lei 11.441/07, e encontra previsão no CPC/2015 no §1º do art. 610. Foi regulamentada pela Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007 do Conselho Nacional de Justiça.

Esta espécie tem a vantagem de ser muito mais célere que o rito judicial, bastando que o tabelião de notas lavre escritura pública (geralmente advinda de minuta elaborada pelo advogado ou advogados das partes) que constituirá documento hábil para qualquer ato de registro e levantamento de quantia depositada em instituição financeira, ou seja, fazendo as vezes do formal de partilha, que é o documento final oriundo da sentença que julga a partilha ao final dos procedimentos de inventário judicial e arrolamento.

Contudo, o inventário extrajudicial, por dispensar até mesmo qualquer tipo de homologação judicial, só pode ser levado a cabo pelos herdeiros caso todos sejam capazes e concordes (CPC, art. 610). Caso contrário, a modalidade judicial se impõe, podendo, no entanto, ser substituída pelo arrolamento em algumas hipóteses legalmente autorizadas. Além disso, ainda que todos os herdeiros sejam capazes e concordes, a celebração extrajudicial do inventário é facultativa, podendo os herdeiros optarem pela via judicial.

Quanto ao prazo para abertura e para ultimação, que o CPC/2015 fixa em 2 meses e 12 meses, respectivamente, segundo o art. 611, trata-se de prazos impróprios, porque seu descumprimento (que, na verdade, é a regra) não acarreta consequências jurídicas.

A figura do inventariante tem previsão no art 617 do CPC. Trata-se de um encargo que pode, por razões legítimas, ser recusado, e implica obrigações como a

prestação de contas, a listagem dos bens da herança e, precipuamente, o impulso do processo de inventário. O CPC de 2015 trouxe expressamente a previsão de que o herdeiro menor pode ser inventariante, praticando os atos por meio de seu representante legal. Trata-se de posição já defendida pela doutrina antes da positivação, mas que encontrava injustificada resistência na alegação de incapacidade do menor. Ora, o incapaz não fica impossibilitado de praticar atos de seu interesse na vida civil; apenas tem de fazê-lo representado, e não há razão para que a inventariança seja exceção.

Importante incumbência do inventariante é também a alienação antecipada de bens, prevista pelo art. 619, I do CPC. Sendo certo que os herdeiros devem ser ouvidos sobre a proposta, conforme o caput do referido dispositivo, a alienação pode se mostrar muito vantajosa quando houver no espólio bens sujeitos a desvalorização rápida, ou então que encontrarem compradores dispostos a adquiri-los desde logo. Especialmente no caso de os bens não comportarem divisão cômoda entre os herdeiros, a alienação é medida que mais cedo ou mais tarde se imporá para que possa ser realizada a partilha.

Uma das fases que torna o inventário mais moroso do que os procedimentos de arrolamento é a das impugnações, trazida no art. 627 do CPC. No prazo de 15 dias, as partes podem impugnar as primeiras declarações, ato que é próprio do inventário, não aparecendo nos demais ritos. Também podem se manifestar contra a nomeação do inventariante ou contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro. O julgamento destas impugnações, por si só, pode durar anos, especialmente se a disputa for remetida às vias ordinárias, o que determina o §3º do art. 627 para o caso de a contestação da qualidade de quem for herdeiro demandar produção de provas que não a documental.

Interessante destacar as novidades trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 quanto às possibilidades de cumulação de inventários para a partilha conjunta de herança de pessoas diversas, o que encontra previsão no art. 672 e não tinha correspondente no CPC/73 além da hipótese do falecimento do cônjuge meeiro supérstite antes da partilha dos bens do pré-morto. Com as novas disposições do art. 672, também podem ser cumulados os inventários de quaisquer pessoas desde que haja identidade de pessoas entre as quais devam ser repartidos os bens ou quando houver dependência de uma das partilhas em relação à outra.

Importante inovação trazida pelo novo Código, embora já aceita pela jurisprudência na lei anterior, diz respeito à possibilidade de remoção do inventariante de ofício pelo juiz, conforme o caput do art. 622. De certo, o ato decisório não poderá ser praticado antes de ouvido o inventariante a cuja remoção se procederá, sob pena de afronta ao princípio do contraditório e da vedação à decisão surpresa, expressa principalmente no art. 10 do CPC.

O incidente de remoção do inventariante encontra previsão também nos arts. 623 e 624 do Código, e gera as consequências elencadas no art. 625, entre as quais a entrega imediata ao substituto dos bens do espólio ou, caso deixe de fazê-lo espontaneamente, a adoção de medidas judiciais para compeli-lo, cabendo ainda, conforme a última parte do referido dispositivo, a imposição de multa.

Não se vislumbra, neste ponto, impossibilidade de a cumulação ser aplicável também nos demais procedimentos correlatos ao inventário, notadamente o arrolamento, ou ainda sua modalidade extrajudicial. Isso pode imprimir mais celeridade aos procedimentos, não havendo razão para o processamento em separado de inventários ou arrolamentos distintos para a partilha aos mesmos herdeiros

3.Arrolamento

O rito do arrolamento contempla duas espécies: sumário e comum. O arrolamento conhecido por “sumário” é definido pelo art. 659 da codificação civil como partilha amigável, celebrada entre capazes e homologada de plano pelo juiz, independentemente do valor dos bens e de sua natureza. Aplica-se também, por força do parágrafo 1º, ao pedido de adjudicação, quando houver herdeiro único. Trata-se de modalidade a ser aplicada quando os sucessores concordarem a respeito da partilha, independentemente do valor ou da natureza dos bens. Humberto Theodoro Junior (2018, p. 333) assim sintetiza as simplificações do arrolamento em relação ao inventário:

- (a) dispensa de todos os termos, até mesmo do de compromisso e declarações de inventariante;
- (b) dispensa da avaliação (somente ocorrerá avaliação, se houver credor habilitado e este impugnar a estimativa dos herdeiros relativa aos bens separados para o pagamento da dívida) (arts.661 e 663, parágrafo único);
- (c) dispensa da remessa dos autos ao contador e partidor;
- (d) lançamento e recolhimento do imposto causa mortis por via administrativa (art. 662, §2º);
- (e) a juntada dos comprovantes de quitações fiscais dispensa a apresentação de certidõesnegativas de tributos;
- (f) o inventariante é escolhido e indicado pelos herdeiros;
- (g) a intervenção do Ministério Público só se dará quando houver testamento a cumprir.

O arrolamento não dispensa a lavratura de formal de partilha, que ocorrerá uma vez transitada em julgado a sentença de homologação da partilha amigável ou da adjudicação.

No arrolamento sumário, a requisição ao juiz de nomeação do inventariante, feita na petição inicial, dispensa a aplicação da ordem legal do art. 617 do CPC. Isso porque a petição inicial, apresentada por todos os herdeiros, já contém a indicação do inventariante por eles elegido.

A lei processual traz ainda outra forma de arrolamento, definida pelo art. 664 do CPC, conhecida como arrolamento comum. Esta espécie tem aplicação obrigatória quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a mil salários mínimos, e contém também simplificações de procedimento em relação ao inventário tradicional. Importante destacar que o arrolamento sumário se aplica ainda que haja herdeiro incapaz, por força do art. 665, desde que concordem todas as partes e o Ministério Público. É que, neste caso, há homologação judicial, pelo que não se justifica a exclusão absoluta do rito apenas pelo fato de haver herdeiro incapaz, como viu por bem fazer o legislador no caso do inventário extrajudicial ou do arrolamento sumário.

O arrolamento comum, embora seja forma também simplificada de inventário, possui mais formalidades que o arrolamento sumário. Elpídio Donizetti (2018, p. 775) assim sintetiza suas fases:

- (a) o interessado requer a abertura do arrolamento mediante petição dirigida ao juiz, instruída com a certidão de óbito;
- (b) nomeia-se inventariante, segundo a ordem de preferência legal, independentemente de assinatura de termo;
- (c) o inventariante apresenta suas declarações, consistentes na atribuição do valor dos bens do espólio e plano de partilha;
- (d) procede-se à citação dos herdeiros não representados nos autos. A partir dessa fase torna-se necessária a intervenção do Ministério Público, caso haja herdeiros incapazes e na hipótese de testamento;
- (e) havendo acordo sobre a partilha e apresentadas as quitações fiscais, o juiz a homologa por sentença;
- (f) impugnado o valor dos bens por qualquer das partes ou pelo Ministério Público, procede-se à avaliação judicial, ouvem-se as partes sobre o laudo e, na audiência que se designar, o juiz decidirá as reclamações e impugnações apresentadas a respeito do plano de

partilha e mandará pagar eventuais dívidas, de tudo lavrando termo (art. 664, §§ 1º, 2º e 3º);

(g) provada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, o juiz julgará a partilha, conforme deliberada na audiência.

4. Aspectos tributários

Quanto ao pagamento de tributos relativos à transmissão dos bens da herança, o Código de Processo Civil de 2015 continuou trazendo, no rito do inventário, a previsão de intimação da Fazenda Pública das alegações iniciais prestadas pelo inventariante, conforme o art. 626. Contudo, a doutrina defende a desnecessidade dessa intimação, que só trará morosidade ao processo, uma vez que a Fazenda será novamente intimada em momento posterior do procedimento, após o trânsito em julgado da sentença de partilha, por força do art. 659, §2º.

Ora, é sabido que em comarcas menores, em que a Fazenda Estadual (de cuja competência é o imposto por transmissão *causa mortis*) não mantém corpo de procuradores ali lotados, e a intimação se faz "com carga", ou seja, com efetivo transporte dos processos físicos da sede do fórum até o local de trabalho dos procuradores, está mera intimação para que o fisco se manifeste a respeito das declarações iniciais pode demorar meses. E tudo isso apenas para que a Fazenda se manifeste sobre a listagem inicial dos bens, que ainda poderá ser objeto de uma série de retificações, avaliações etc.

Com isso, deve-se reputar suficiente a intimação ocorrida após o trânsito em julgado da sentença que julga ou homologa a partilha amigável, permitindo-se o lançamento administrativo dos tributos incidentes.

Na verdade, o condicionamento do julgamento da partilha ao pagamento prévio dos tributos, trazido de forma absoluta pelo diploma processual anterior, foi mitigado no Código atual pelo parágrafo único do art. 654, que informa que a existência de dívida para com a Fazenda Pública não impedirá o julgamento da partilha, desde que o seu pagamento esteja devidamente garantido.

De fato, por força do entendimento acolhido no Brasil a respeito da inafastabilidade de jurisdição ou do princípio do acesso à justiça inscrito no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, não há como condicionar a atividade jurisdicional ao pagamento de tributo (ressalvado o caso das custas judiciais, para as quais há, no entanto, hipóteses legais de concessão de dispensa).

De qualquer modo, o pagamento fica obrigatoriamente garantido, possivelmente até pelos próprios bens da herança. É comum, por exemplo, o surgimento

de um impasse quando o herdeiro informa que precisa do dinheiro decorrente da alienação de um bem, talvez o único da herança, para pagamento do tributo, mas a alienação fica obstada pelo condicionamento da transmissão ao pagamento. A utilização do citado dispositivo legal pelos juízes pode contribuir, assim, para o benefício de ambas as partes, com a efetiva transmissão da herança ao herdeiro e o pagamento do tributo ao mesmo tempo.

O tratamento das questões tributárias tem ainda especial disposição no rito do arrolamento, no art. 662 do Código de Processo Civil. Segundo este artigo, no arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio. Este é mais um indicativo de que o arrolamento é espécie de rito mais simplificado que o inventário.

No entanto, por força do parágrafo 2º do mesmo dispositivo, o Fisco não fica adstrito ao valor dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros. É que, conforme o art. 661, no caso do arrolamento sumário, não se procederá à avaliação dos bens do espólio em nenhuma hipótese, exceto a do artigo 663, que trata da hipótese de impugnação do credor ao valor atribuído pelos herdeiros aos bens vinculados a pagamento de dívidas do espólio. Essas dívidas, embora não impeçam a homologação da partilha ou da adjudicação, impõem a reserva de bens do espólio ao seu pagamento. Daí a necessidade de a reserva ser atrelada a uma correta avaliação do valor dos bens, a fim de que não se prejudique os credores.

5. Análise comparativa

Verifica-se, portanto, no arrolamento, uma significativa concentração de fases em relação ao inventário, no qual o plano de partilha só será apresentado em momento posterior, e após a formulação de esboço, conforme art. 651 do CPC. No arrolamento, o plano é apresentado também já na petição inicial.

Os bens nem sequer serão objeto de avaliação por perito caso não haja impugnação das partes ou do Ministério Público, o que comprova que este rito tem a vantagem de conferir celeridade e reduzir significativamente os custos para os herdeiros

Neste ponto, há relevante diferença entre o rito do arrolamento comum e do arrolamento sumário e o inventário. Lembre-se que, nestes últimos dois casos, a concordância dos herdeiros a respeito das questões da herança não é requisito. A diferença entre o arrolamento comum e o inventário, no que diz respeito aos requisitos de instauração, é tão somente quanto ao valor dos bens do espólio, a que se segue uma maior complexidade de procedimento no inventário e maior simplicidade no arrolamento.

Por isso, em ambos estes ritos, a avaliação dos bens não é vedada como no arrolamento sumário. Apenas havendo concordância é que a fase poderá ser dispensada. Caso contrário, no caso do arrolamento comum, se qualquer das partes ou o Ministério Público impugnar a estimativa, o juiz nomeará avaliador, que oferecerá laudo em 10 (dez) dias (art. 664, §1º), após o que o juiz, em audiência que designar, deliberará sobre a partilha, decidindo de plano todas as reclamações e mandando pagar as dívidas não impugnadas (art. 664, §2º).

Ainda em relação à avaliação dos bens do espólio, no caso do inventário, vale destacar que a perícia pode ser dispensada se todos os herdeiros forem maiores e capazes e a Fazenda Pública concordar expressamente com os valores indicados nas primeiras declarações (art. 633 do Código de Processo Civil), ou, ainda, se os sucessores concordarem com os valores indicados pela Fazenda Pública. Se a divergência for parcial, a perícia terá como objeto somente a parcela controvertida (art. 634 do CPC).

Prosseguindo a comparação entre os ritos de arrolamento e inventário, vale destacar que o art. 667 determina aplicarem-se subsidiariamente à seção que trata do arrolamento sumário as normas da parte de inventário e partilha que dizem respeito ao pagamento das dívidas do espólio e do procedimento da partilha, que se localizam, respectivamente, na seção VII e na seção VIII deste capítulo do Código.

A partir do art. 668, encontram-se previsões comuns a todas as seções anteriores, que dizem respeito, primeiramente, à tutela provisória concedida no âmbito destes procedimentos. A tutela provisória terá o condão de reservar quinhões de possíveis herdeiros e créditos de credores do espólio, mas tem eficácia temporalmente limitada pelo inciso I do mesmo artigo, que preconiza que a ação principal deve ser proposta em trinta dias contados da data em que da decisão foi intimado o beneficiado pela tutela, que tem, nesse caso, natureza de cautelar.

5. Conclusão

Com isso, acredita-se ter satisfatoriamente estabelecido a relação entre os ritos do inventário e do arrolamento. Trata-se de procedimentos que mais têm semelhanças que diferenças, notando-se, na verdade, que a diferença consiste essencialmente em uma tendência à progressiva simplificação das fases naqueles casos em que a lei reputa possível. Se de um lado o inventário e a partilha devem guardar certas formalidades indispensáveis a fim de evitar litígios futuros, inexatidões e fraudes na divisão dos bens, é certo que não se mostra aceitável o arrastamento de um processo de inventário por décadas, acumulando-se às vezes as heranças de mais de uma geração.

Assim, vê-se que a lei traz importantes ferramentas de simplificação e celeridade, concentrando fases e dispensando certos atos que não se mostrarem

necessários, além de abrir caminho à resolução extrajudicial ou amigável das questões, o que também deve ser considerado pelas partes na escolha do rito que melhor se adequa às suas condições.

6.Referências

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – v.2**. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

USUCAPIÃO FAMILIAR: UMA PROTEÇÃO AO DIREITO À MORADIA E A FAMÍLIA DESAMPARADA

MARINA GOMES DOS ANJOS EVANGELISTA:
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário
Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA/Manaus

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a modalidade de usucapião familiar, instituído no ordenamento jurídico pela Lei n. 12.242/2011, no qual inserido no Código Civil por meio do art. 1.240 -A. No qual traz requisitos específicos para aquisição de propriedade urbana por abandono de lar, com apontamentos doutrinários quanto às divergências e aplicabilidade no mundo real e as causas de impossibilidade de desconfiguração de usucapião por afastamento involuntário. Visando responder se o novo instituto/modalidade garante uma moradia digna a quem foi abandonado e se fere a constituição federal ou o direito de família. O estudo foi baseado em pesquisas bibliográficas, de metodologia qualitativa, baseados em livros, artigos científicos, entre outros. Por fim, será possível compreender as mudanças ocorridas na lei, e ainda, o posicionamento do direito das famílias, doutrinas, e os tribunais vêm a nova modalidade.

Palavra-chave: Usucapião familiar, Abandono do lar, Direito das famílias.

ABSTRACT: The presente word ais too anualize Thé Thé off Family usucapião, usucapião in Thé legal system bi Law n. 12,242/2011, in chicha inserte in Thé Civil Codes Codes art. 1,240 -A. In chicha it brings specific requirements for Thé acquisition off urban property due too home abandonment, with doctrinal notes as too Thé divergences and applicability in Thé real world and Thé causes off impossibility off deconfiguration off adverse possession due too involuntary removal. Aiming too answer whether Thé new institute/Thé guarantees decent housing for those who have been abandoned and Thé federal constitution or Family law is violated. The study was based on bibliographic research, qualitative methodology, based on books, scientific articles, among others. Finally, it will be possible too understand Thé changes that have taken place in Thé law, and also Thé positioning off Thé rights off families, doctrines, and courts come too a new Thé.

Keyword: Family possession, Home abandonment, Family law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da usucapião familiar por abandono do lar; 2.1. Conceito e requisitos para requerer o direito de usucapir; 2.2. Das divergências doutrinarias e aplicabilidade da usucapião familiar; 2.3. Da (im)possibilidade de desconsideração do direito de usucapião por afastamento involuntário. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A usucapião familiar é uma espécie de aquisição da propriedade, criada pela lei 12.242/2011, visando regularizar o programa Minha Casa Minha Vida - MCMV, e inseriu esse novo instituto no Código Civil, através do art. 1240-A, sendo uma garantia efetiva de aquisição, resguardando o direito da família e cônjuge abandonado.

De acordo com Mário Delgado (2017), o qual presidente a comissão de Assuntos Legislativos do IBDFAM, a usucapião familiar tem dois objetivos, de salvaguardar o direito à moradia daquele cônjuge ou companheiro que permaneceu no imóvel e, também, proteger a família abandonada.

Para Maria Helena Diniz (2020), a usucapião familiar tem como fundamento a consolidação da propriedade, dando juridicidade a uma situação de fato, a posse unida ao tempo, baseada no princípio da função social, é fato subjetivo que se transforma em direito.

O objetivo geral da presente pesquisa é analisar os requisitos de cabimento e aplicabilidade da modalidade, identificando-os e discorrendo sobre cada um deles; apontando algumas divergências doutrinárias, pois a nova modalidade trouxe muitas dúvidas e questionamentos, principalmente porque fere princípios basilares do direito de família e, ainda, princípios constitucionais como o princípio da intervenção mínima do Estado, nas relações privadas, com também, traz novamente a discussão sobre culpa, como elemento de quem deu causa ao fim da relação, conforme ensina Cardoso e Carmona (2017).

Outro ponto a ser analisado será os requisitos de não configuração de usucapião, como por exemplo, o afastamento do lar por ordem judicial, de forma involuntária, em decorrência de violência doméstica, ou mesmo, pelo afastamento voluntário, quando o afastado cumpre obrigações alimentares, materiais e imateriais de amparo à família.

Em suma, esta pesquisa visa responder basicamente a três importantes questionamentos, isto é: quais os requisitos de configuração da usucapião familiar e sua aplicabilidade; quais as divergências em torno desse instituto; e quais os requisitos que desconfiguram essa modalidade.

2 DA USUCAPIÃO FAMILIAR POR ABANDONO DO LAR

2.1 Conceito e requisitos para requerer o direito de usucapir

A usucapião familiar é uma forma de aquisição de moradia por abandono do lar pelo cônjuge ou companheiro. Essa modalidade foi inserida no Código Civil, pela já mencionada Lei 12.424/2011, por meio do art. 1.240 - A, impactado pelo programa Minha Casa Minha Vida (MCMV) do governo federal.

Essa modalidade veio para garantir ao cônjuge e as famílias que são abandonadas moradia quando o imóvel em que vivem é a única propriedade em comum do casal, como direito fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988, na parte dos direitos sociais à propriedade (CF/88, art. 5º, XXII, XXIII).

Para Tartuce (2011), a modalidade veio para tentar solucionar os problemas familiares de disputas de bens judiciais e extrajudiciais:

A nova categoria merece elogios, por tentar resolver inúmeras situações que surgem na prática. É comum que o cônjuge que toma a iniciativa pelo fim do relacionamento abandone o lar, deixando para trás o domínio do imóvel comum. Como geralmente o ex-consorte não pretende abrir mão expressamente do bem, por meio da renúncia à propriedade, a nova usucapião acaba sendo a solução. Consigne-se que em havendo disputa, judicial ou extrajudicial, relativa ao imóvel, não ficará caracterizada a posse *ad usucapionem*, não sendo o caso de subsunção do preceito. Eventualmente, o cônjuge ou companheiro que abandonou o lar pode notificar o ex-consorte anualmente, a fim de demonstrar o impasse relativo ao bem, afastando o cômputo do prazo” (TARTUCE, 2011, p. 02).

Para configuração da aquisição pela usucapião familiar, o art. 1.240 - A, estabelece como requisitos primordiais o que segue:

Art.1.240-A Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

O abandono do lar, por um dos cônjuges ou companheiros deve ocorrer de forma voluntária, o dispositivo engloba todas as espécies de famílias reconhecidas como entidade familiar, inclusive nas relações homoafetivas, especialmente após o julgamento procedente das ações diretas de inconstitucionalidade n. 4.277 e de arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132 do Superior Tribunal Federal, reconhecimento como entidade familiar as uniões homoafetivas entre pessoas do mesmo sexo, que preencham os requisitos do art. 1.723 do Código Civil, em que foi atribuída a eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Segundo Rolf Madaleno (2018), para que seja configurado o abandono do lar, deve pendurar por 2 (anos) anos ininterruptos sem oposição do cônjuge ou companheiro que deixou voluntariamente de habitar a residência conjugal sem intervalos de idas e vindas, sem que este questione a posse do bem, que não haja comunicação de qualquer modo que entenda como proteção a família abandonada, ou ainda, que não seja objeto de ação de divórcio e/ou dissolução de união estável, em que ambas pode cumular com partilha de bens.

Neste sentido, Luiz Edson Fachin, citado por Rolf Madaleno (2013), afirma que o abandono deve ser interpretado no sentido de interromper a comunhão de vida conjunta e a assistência financeira e moral, que compõe o grupo familiar, renegando o dever de solidariedade e de responsabilidade para com a família.

Note-se, que o entendimento vai além de simples abandono do lar, pois tem que ser abandonado voluntariamente e espontâneo, sem que este contribua com despesas, como pensão alimentícia ou outro meio próprio, desaparecendo sem que tenha qualquer contato com a família e sem requerer participação no bem por 2 (dois) anos ininterruptos.

Outrossim, já citado Rolf Madaleno (2013), afirma que o abandono do lar não é uma simples saída de casa, e disto transcende, pois o abandono efetivo representa literalmente ignorar a célula familiar e abdicar de tudo que a família um dia representou.

Além disso, Mário Delgado (2017), pontua “aquele que ficou no imóvel deve exercer diretamente a posse, de forma exclusiva e sem interrupção, fazendo uso do bem para sua moradia e de sua família”, no contexto que somente o ex cônjuge ou companheiro possa requerer, sendo vedado aos outros membros da família, menciona ainda que se o imóvel for alugado ou deixar abandonado, não cabe a aquisição por abandono do lar, sendo requisito a posse direta, exclusiva e ininterrupta do bem.

Para Simão (2011), o imóvel tem de ser urbano em coparticipação com o cônjuge ou companheiro, medido 250 m², e não possuir outro imóvel urbano ou rural em nome de quem requerer o direito, não importando o regime de bens, seja por comunhão ou condomínio, atendendo todos os requisitos pode ocorrer usucapião por abandono de lar ou familiar.

Em contrapartida, Tartuce (2011) afirma que “como se percebe pela leitura do dispositivo, a categoria somente se aplica aos imóveis que sejam de propriedade de ambos os consortes e não a bens particulares de apenas um deles”. Excluindo a ideia de que qualquer regime de bens é passivo de usucapião, pois este entende, que para configurar deve o bem ser de ambos os cônjuge ou companheiros, mesmo que em menor porcentagem.

Outro ponto a ser observado, se extrai do disposto o fato do cônjuge ou companheiro abandonado deve usar o imóvel para sua moradia ou da família, sem que este deixe-o, e que este tem que ser o único bem para que seja passível de aquisição.

Em síntese, a configuração da usucapião por abandono do lar (ou familiar) tem que atender rigorosamente os requisitos elencados no artigo 1.240 - A, abandono do lar pelo cônjuge ou companheiro, por 2 (dois) anos ininterruptos e sem oposição, com posse direta e com exclusividade, de imóvel urbano de metragem de 250 m², que tenha em copropriedade com cônjuge ou companheiro que abandonou o lar, utilizado para moradia própria e de sua família, e que não tenha em seu nome outro imóvel urbano ou rural.

2.2. Das divergências doutrinárias e aplicabilidade da usucapião familiar

Com advento da nova modalidade de usucapião, muitas dúvidas surgiram na doutrina gerando divergências quanto à sua aplicação.

Um dos pontos relevantes a serem observados é a culpa, que para alguns autores consideram uma figura ultrapassada no direito de família, não importando quem deu causa a separação do casal.

De acordo com, Wesendonck (2012), "pois, o termo abandono de lar é uma figura ultrapassada no Direito de Família tendo em vista que a discussão a respeito da existência ou não da culpa para rompimento de vínculos matrimoniais ou de uniões estáveis passou a ser irrelevante e até mesmo repudiada no cenário atual, já que a doutrina comemorava fervorosamente o fato das mudanças no Direito de Família terem eliminado a aferição de culpa como requisito para a atribuição de qualquer efeito jurídico, no que concerne à dissolução do vínculo conjugal, na concessão de alimentos e na partilha de bens."

Para Souza (2013), a lei é omissa, pois houve precipitação em editar um texto complexo sem os devidos debates, abrindo leques de temas já superado no direito de família, como a culpa, que voltou a ser discutida no instituto por abandono do lar.

Outrossim, Pena (2013), entende que ao restituir a culpa no âmbito familiar, com o fim da relação, o cônjuge ou o companheiro que deixou voluntariamente o lar sofre tanta uma sanção civil como também patrimonial, e acrescenta, "manter um convívio diário somente para evitar uma sanção a ser imposta pelo Estado não mais condiz com a realidade da sociedade brasileira".

Segundo Mário Delgado (2017), aponta alguns problemas, como o prazo de 2 (dois) anos inferior nas outras modalidades, o que poderia abalar o princípio da segurança jurídica, gerando perda do imóvel em um tempo curto, nesse período poderia até ocorrer a reconciliação do casal, como também, da modalidade somente incluir os moradores de área urbana e não rural, que é uma população que carece de tutela protetiva maior.

Como também, Rolf Madaleno (2018) esclarece que essa deficiência de que somente o imóvel urbano entre na modalidade, pode ser sanado paulatinamente pela jurisprudência dos tribunais.

Neste sentido, Venosa (2013), faz uma crítica “o fato de o legislador ter restringido essa modalidade de usucapião ao imóvel urbano”, no que, segundo autor, fere o princípio da isonomia, e ainda, coloca que a intenção do dispositivo “é de preservar e proteger um teto de moradia para o cônjuge ou convivente que se separa e permanece no imóvel”.

Esse prazo inferior às outras modalidades deve ser muito bem analisado pelos magistrados e operadores do direito, eis que pode ocorrer a má-fé de quem possa requerer o direito, como já mencionado, nesse período pode até ocasionar na reconciliação do vínculo conjugal, no qual seria ideal o prazo prescricional seguir nos 5 (cinco) anos, como as demais.

No que se refere o regime de bens, é requisito implícito, não deixando claro qual regime a ser adotado, em que estimula diversas interpretações, uns entendem que cabe em qualquer regime de bens e outros não, porém o Superior Tribunal Federal (STF), por meio da Súmula 377 entendeu que: “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na consonância do casamento”, no qual é aplicado também na consonância da união estável.

A partir da análise deste núcleo de pensamento, entende que deve ser observado que o regime de bens, mas apropriado seria a comunhão parcial de bens, não anulando outros regimes a depender do caso concreto, no qual reconhece que os bens constituídos durante o período do casamento ou união estável entre os cônjuge ou companheiros é que são passíveis de usucapião.

Semelhantemente, a jurisprudência tem entendido que somente é cabível quando o bem é de ambos os consortes, veja a seguir:

DIVÓRCIO LITIGIOSO. PARTILHA DE BENS. USUCAPIÃO FAMILIAR. 1. Sendo o casamento regido pelo regime da comunhão parcial, todos os bens adquiridos a título oneroso na constância da vida conjugal se comunicam e devem ser partilhados de forma igualitária, independentemente de qual tenha sido a contribuição individual de cada cônjuge para a consecução do resultado patrimonial, pois se presume que a aquisição seja produto do esforço comum do par. inteligência dos art. 1.658 e 1.660 do CCB. 2. **Considerando que o imóvel onde a ré permaneceu residindo após a separação fática do casal pertence exclusivamente ao autor, inviável o reconhecimento da usucapião familiar, que pressupõe a**

propriedade comum do bem. Inteligência do art. 1.240-A do Código Civil. 3. Se o imóvel pertence ao varão, também se mostra inviável a sua partilha. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70063635593, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/03/2015). (TJ-RS – AC: 70063635593 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 25/03/2015, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/03/2015)

Esse entendimento, contraria a aplicação dos arts. 1.687 e 1.688, do Código Civil, que trata de regime de separação de bens, no tocante à administração exclusiva e a contribuição para as despesas dos consortes, salvo o que foi acordado em pacto antenupcial.

Corroborando com essa ideia, Simão (2011) afirma que “O imóvel pode pertencer ao casal em condomínio ou comunhão. Se o casal for casado pelo regime da separação total de bens e ambos adquiriram o bem, não há comunhão, mas sim condomínio e o bem poderá ser usucapido”, não importando qual o regime de bem foi adotado pelas partes.

A fim de compreender como esses elementos podem estar relacionados, ressalta-se que a culpa e pressupostos para analisar a concretização do abandono, adentrando no campo da culpabilidade. Simão afirma que a nova modalidade trará mais problemas que soluções, travando lutas patrimoniais no seio familiar, comprometendo a manutenção de bons vínculos parentais.

Por fim, como o instituto entrou recentemente em vigor e sua aplicação tem se apresentado timidamente, percebe-se que há muitas divergências e discussões sobre o regime de bens, a culpa, de quem deu causa à separação, quanto o prazo de prescrição do direito. Mas o que se vê é que apesar de todas essas lacunas os requisitos são bem consistentes, sendo usual e que provavelmente irá garantir e resguardar o direito a quem tem a responsabilidade de cuidado e proteção à família abandonada.

2.3. Da (im)possibilidade de desconsideração do direito da usucapião por afastamento involuntário

Salienta-se, que ao tratar do abandono do lar o entendimento é pacífico quanto a ser voluntário e espontâneo, porém há situações em que o cônjuge ou companheiro é afastado do lar de modo involuntário.

Segundo Rolf Madaleno (2018), não há abandono voluntário ou espontâneo quando o cônjuge se afasta do convívio familiar por ordem judicial compulsória, de separação de

corpos ou em decorrência de violência doméstica que agrida a segurança, integridade física, moral ou psicológica sua e dos filhos menores.

O afastamento compulsório descaracteriza os direitos, pois quem deixou o convívio do lar, foi retirado sem manifestação de vontade.

Para Jarosczyński (2017), aponta que nos casos de violência doméstica ou familiar, quando o ofensor deixar o imóvel involuntariamente, de local que estabelece sua moradia, não deve ser confundido com abandono real voluntário e espontâneo, já que o objetivo da separação dos corpos é de proteger a vítima e não de cunho patrimonial.

Ainda segundo a autora, a medida protetiva é um meio de proteger a pessoa que sofre violência e a família, haja vista, o agressor tem que manter distância da vítima e de pessoas próximas envolvidas.

Conquanto, não se pode generalizar o abandono do lar por afastamento judicial que possa ensejar a pretensão de adquirir a posse de bem comum, posto que afastamento do lar é justificável. Inclusive a jurisprudência afasta a aplicação por analogia do dispositivo, sem justo motivo, da qual a orienta a aplicação da Lei n. 11.340/2006.

CONCLUSÃO

Ao pensar no tema abordado no presente trabalho, sobre o instituto de usucapião familiar, em virtude de experiências vivenciadas no dia a dia de várias famílias manauaras e brasileiras, que se veem em conflitos frente ao fim das relações conjugais, ficando-as desamparadas.

O instituto da usucapião por abandono de lar veio para salvaguardar um direito social, à moradia, uns dos princípios basilares do estado democrático de direito, previsto na constituição federal, mas a criação dessa nova modalidade ainda causa muita estranheza e desconhecimento por parte da sociedade.

No mundo jurídico, há diversos questionamentos sobre sua aplicação e se realmente tem essa garantia constitucional, porém é visto com bons olhos pela doutrina e os tribunais.

Ao analisar os requisitos, nota-se que são bem restritos a modalidade, dentro de um lapso temporal menor, tendo a necessidade de adequação no âmbito familiar, cumprindo rigorosamente as demais exigências.

Conclui-se que há necessidade de se adequar as modalidades e requisitos, e sim, traz garantias reais que assegura moradia digna às famílias e ao cônjuge ou companheiro abandonado, mesmo diante da tímida implementação no judiciário, ainda temos muitos

que avançar e acredito que as mudanças irão acontecer na medida das discussões e entendimento para a modalidade.

REFERÊNCIAS

BRETAS, Suzana Oliveira Marques. **Inconstitucionalidade da usucapião familiar**, ((2017).

CARNEIRO, Rômulo Almeida; FERNANDES, Camila Mioto; TEIXEIRA, Maria Rita Torres. **Benefícios da usucapião familiar**, (2019).

CARDOSO, Maria Lúcia Guimarães; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Usucapião familiar uma forma de efetivação do direito à moradia**, (2017).

CARDOSO, Maria Lúcia Guimarães. **Usucapião familiar: A intervenção nas políticas públicas nas relações privadas familiares com a discussão da conjugalidade originada no programa de governo Minha Casa Minha Vida - PMCMV**, (2016).

DELGADO, Mário. **Usucapião Familiar: o que é preciso para caracterizá-la?** Belo Horizonte: IBDFAM, 2017. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6295/Usucapi%C3%A3o+Familiar:+o+explica+%20o+que+%C3%A9+preciso+para+caracteriz%C3%A1-la%3f> Acesso em 26/08/2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, V. 5, Direito de Família**, (2020).

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD Nelson. **Direito das famílias**, (2012).

HAEFNER, Thayná. **Usucapião familiar no contexto dos novos direitos**, (2016).

JUNIOR, Valsir Edson Rodrigues. **Direito das famílias e sucessões: novas tendências**, (2017).

JAROSCZYNSKI, Nadya Veras. **Aplicabilidade da usucapião familiar: uma análise crítica a luz da doutrina, legislação e jurisprudência brasileira**, (2017).

LAUSCHNER, Mirella Cristina Xavier Gomes da Silva. **A gestão do programa Minha Casa Minha Vida pela Entidade Amazonas sempre vivo: A inserção do movimento social na política pública de moradia, em Manaus** (2013).

MENEZES, Karol. **Requisito usucapião familiar**. JUSBRASIL: 2018. Disponível em: <https://karollucy93.jusbrasil.com.br/artigos/448838779/requisitos-usucapiao-familiar> Acesso em: 26/08/2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Porto Alegre: Editora Forense, 2018.

OLIVEIRA, Dielly Killena Lima; PEREIRA, Deborah Marques. **Usucapião familiar: uma garantia ao direito à moradia**, (2014).

PIRES, Elane de Azevedo. **A participação segundo as famílias candidatas a um programa de habitação de interesse social**, (2015).

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Direito família contemporânea: entidade familiar constitucionalização**, (2013).

SOUZA, Caroline Coelho de Andrade e. **O direito e sua complexa concreção 2**, (2019).

SOUZA, Mônica Tereza Costa; WASQUIM, Bruna Barbieri. **Do direito de família ao direito das famílias - a repersonificação das relações familiares no Brasil**, (2015).

SOUZA, Caroline Coelho de Andrade e. **O direito e sua complexa concreção 2**, (2019).

TARTUCE, Flávio. **A Usucapião Especial Urbana por Abandono do Lar Conjugal**. São Paulo, (2011).

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil. vol. 5**. São Paulo: Editora Forense, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Direitos Reais. v. 5. 13 ed.** São Paulo: Atlas, (2013).

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco. **Usucapião Especial e Abandono de Lar – Usucapião entre ex-casal**. Belo Horizonte (2011).

WESENDONCK, Tula. **Usucapião familiar: uma forma de solução de conflitos no direito de família ou (re)criação de outros?**. Lisboa (2012).

O RETROCESSO CONSTITUCIONAL NO ÂMBITO CULTURAL: UM ESTUDO A PARTIR DO CASO BRASILEIRO

RAFAEL CASCARDO CARDOSO DOS SANTOS:
Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: O presente trabalho segue os esforços recentes em delinear, nas mais diversas searas, as consequências da atual quadra histórica de crise democrática. Desta forma, busca-se, num primeiro momento, avaliar brevemente no que consiste, na seara jurídico-constitucional, a noção de crise democrática a partir das formulações de constitucionalismo abusivo e retrocesso democrático. Em seguida, serão examinadas em detalhes as formas pelas quais referido fenômeno vem se expressando na atividade de fomento à cultura no Brasil. Para concluir, elaboram-se sugestões para minimizar o risco de tal patologia se repetir no futuro.

Palavras-chave: retrocesso constitucional; ANCINE; fomento à cultura; constitucionalismo abusivo

Abstract: The present work follows the steps of recent scholars on describing the consequences of contemporary crises of democracy. Therefore, it firstly seeks to briefly analyze the notion of democratic crises under the lights of concepts such as abusive constitutionalism and constitutional retrogression. Moreover, it examines the forms by which this phenomenon has been expressing itself on public policy regarding cultural grants in Brazil. Lastly, a few suggestions are made in order to minimize the risk of such pathology repeating itself in the future.

Keywords: constitutional retrogression; ANCINE; cultural grants; abusive constitutionalism

Sumário: 1- Introdução; 2 – Constitucionalismo abusivo e retrocesso constitucional – conceitos para compreender a dinâmica política contemporânea; 3 – O retrocesso constitucional na ANCINE e nos Conselhos participativos: a subversão dos fins constitucionais e o contra-ataque do Ministério Público Federal; 4 – A construção de instituições participativas e responsivas: uma resposta possível ; 5 – Conclusão

1 – Introdução

Nos últimos cinco anos, os estudos acadêmicos a respeito da crise democrática experimentada na contemporaneidade se avolumaram. São muitos os esforços de consolidação das condições e das práticas dos governantes que buscam se valer de expedientes para sabotar a democracia, radicalizar o governo e se perpetuar no poder.

O propósito deste trabalho é mais modesto: adota-se referido pano de fundo, que será exposto de forma sintética na seção seguinte, para abordar o seu impacto no fomento à cultura no cenário brasileiro. Ainda nesta primeira etapa, será desenvolvida a fundamentação e o contexto fático subjacente à importante decisão do Supremo Tribunal Federal, que se valeu dos conceitos atinentes à crise democrática para reverter o sucateamento de políticas para infância e adolescência.

Fixado este panorama, volta-se à análise do fomento à cultura a partir da exposição de sua estrutura institucional de governança, de modo a estabelecer as linhas gerais do que seria o seu funcionamento em circunstâncias de normalidade para, em seguida, tratar do seu sucateamento neste período de retrocesso democrático.

Ao final, com o intuito prescritivo, traçam-se algumas alternativas para enfrentar o cenário de crise democrática no fomento à cultura, bem como propostas de alteração de seu arquétipo legal para garantir um funcionamento menos vulnerável a capturas autoritárias futuras.

2 – Constitucionalismo abusivo e retrocesso constitucional – conceitos para compreender a dinâmica política contemporânea

A guinada autoritária dada pelo país no último ciclo eleitoral é perceptível, com o Chefe do Poder Executivo se valendo de discurso de ódio às elites e da polarização para manter sua base política fidelizada.¹⁶⁵ Em paralelo, o projeto de desmantelamento das instituições é colocado a toda marcha, sendo adotado, em meio a calculada aparência de inércia gerencial, *script* de outros países que seguiram o mesmo rumo.¹⁶⁶

Neste sentido, as práticas consolidadas de sucateamento da democracia são sistematizadas por David Landau, ao trazer o conceito de constitucionalismo abusivo, no qual mostra como autocratas se valem de mecanismos constitucionais formais para mudar o cenário institucional – constantemente atacado como bode expiatório na figura do *establishment* -, ameaçando a imparcialidade do sistema eleitoral e a própria possibilidade de alternância de poder. Venezuela, Hungria e Polônia são alguns países que, para além de

165 ALONSO, Angela. A comunidade moral bolsonarista. In: ABRANCHES, Sérgio *et al.* *Democracia em Risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral. In: ABRANCHES, Sérgio *et al.* *Democracia em Risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019

166 HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to lose a constitutional democracy. 65 *UCLA Law Review* 78, 2018 78-169. pp. 92-104

terem seguido itinerário semelhante, demonstram a falta de crença dos líderes no jogo democrático: a vitória nas eleições gera a ocupação permanente do espaço de poder.¹⁶⁷

As medidas vão desde a criminalização de movimentos sociais, até o empacotamento de Cortes Constitucionais – por meio da substituição de ministros ou a manipulação das regras de quórum mínimo de instalação. Além disso, o recurso a mecanismos diretos de participação popular é recorrentemente adotado, mormente no caso de populistas latino-americanos, para conferir verniz de legitimidade à alteração constitucional: trata-se, novamente, de artifício ilusionista, tendo em vista que o líder controla o *timing* e o conteúdo da pauta submetida à apreciação popular.¹⁶⁸

A taxonomia adotada por Huq e Ginsburg é diferente, mas seu conteúdo é análogo. Em apertada síntese, o retrocesso democrático teria duas formas: a reversão autoritária, mais súbita e geralmente acompanhada de golpes militares; e o retrocesso constitucional, por meio do qual mudanças incrementais são feitas até o ponto em que o regime não mais se identifica como democrático.¹⁶⁹ Estas últimas são as mais adotadas no dia de hoje e contra elas há pouco resguardo institucional, principalmente se o cenário que antecede as investidas populistas é de verdadeira degradação constitucional.¹⁷⁰

No cenário brasileiro, o boicote progressivo às instituições democráticas pode ser exemplificado por meio da edição do Decreto federal nº 10.003/19, com o intuito aparentemente inofensivo de alteração das normas sobre constituição e o funcionamento do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA. Sob esta premissa, ocorreu a destituição imotivada de diversos membros no curso do mandato, assim como a redução e verticalização das escolhas dos membros da sociedade civil, que passaria a se submeter ao crivo da Administração Pública federal.

Em face de referido ato normativo, houve propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 622. Embora ainda não tenha sido submetida a julgamento pelo colegiado do Supremo Tribunal Federal, o ministro Barroso concedeu

167 LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UCDavis Law Review*, vol 47: 189, 2013 189-260. pp. 191-195 e 211-215.

168 *Ibid.* 196-210.

169 HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to lose a constitutional democracy. 65 *UCLA Law Review* 78, 2018 78-169. pp. 92-104

170 Vargas define a degradação constitucional brasileira como um processo histórico progressivo de erosão dos valores, da cultura e da autoridade da Constituição de 1988. VARGAS, Daniel. A Degradação constitucional brasileira. In: *Constitucionalismo de Realidade: Democracia, direitos e instituições*. Editora Fórum, 2019. pp. 207-208 e 218-220.

parcialmente a liminar para suspender a eficácia de algumas alterações,¹⁷¹ sendo valiosas, para os fins aqui propostos, as ilações delineadas na sua *ratio decidendi*, a saber:

“12. O constitucionalismo e as democracias ocidentais têm se deparado com um fenômeno razoavelmente novo: os retrocessos democráticos, no mundo atual, não decorrem mais de golpes de estado com o uso das armas. Ao contrário, as maiores ameaças à democracia e ao constitucionalismo são resultado de alterações normativas pontuais, aparentemente válidas do ponto de vista formal, que, se examinadas isoladamente, deixam dúvidas quanto à sua inconstitucionalidade. Porém, em seu conjunto, expressam a adoção de medidas que vão progressivamente corroendo a tutela de direitos e o regime democrático[1].

13. Esse fenômeno tem recebido, na ordem internacional, diversas denominações, entre as quais: “constitucionalismo abusivo”, “legalismo autocrático” e “democracia iliberal”[2]. Todos esses conceitos aludem a experiências estrangeiras que têm em comum a atuação de líderes carismáticos, eleitos pelo voto popular, que, uma vez no poder, modificam o ordenamento jurídico, com o propósito de assegurar a sua permanência no poder. O modo de atuar de tais líderes abrange: (i) a tentativa de esvaziamento ou enfraquecimento dos demais Poderes, sempre que não compactuem com seus propósitos, com ataques ao Congresso Nacional e às cortes; (ii) o desmonte ou a captura de órgãos ou instituições de controle, como conselhos, agências reguladoras, instituições de combate à corrupção, Ministério Público etc; (iii) o combate a organizações da sociedade civil, que atuem em prol da defesa de direitos no espaço público; (iv) a rejeição a discursos protetivos de direitos fundamentais, sobretudo no que respeita a grupos minoritários e vulneráveis – como negros, mulheres, população LGBTI e indígenas; (v) o ataque à imprensa, sempre que leve ao público informações incômodas para o governo[3].

(...) 16. Compete ao Presidente da República exercer a direção superior da administração pública federal, bem como dispor sobre a organização e o funcionamento dos órgãos do Executivo, nos termos necessários a viabilizar a sua gestão. Trata-se de competência discricionária, que integra a ideia de separação de poderes e que

171 STF, ADPF 622, Decisão Monocrática, min. Luís Roberto Barroso, j. 19.12.2019

assegura que o Poder Executivo funcione sem interferências indevidas (art. 2º, CF). O Supremo Tribunal Federal reconhece e respeita tal competência, de modo que eventuais intervenções nesse tema devem ser reservadas para situações excepcionais.

17. Entretanto, os atos discricionários do Presidente da República encontram limite na Constituição e nas leis. A inobservância de tal limite autoriza o Poder Judiciário a revisá-los porque, nessa hipótese, o Judiciário não realiza um juízo político quanto às escolhas efetuadas pelo Presidente, mas sim um juízo quanto à constitucionalidade ou à legalidade do ato, o qual constitui a essência da sua missão institucional. A questão está, portanto, no caso presente, e com absoluto respeito às competências do Chefe do Executivo, em saber se o Decreto 10.003/2019 está ou não em acordo com as normas constitucionais e legais que tratam da matéria”.

Da leitura do excerto da decisão, podemos extrair duas ordens de fundamentos distintos. A primeira consiste na classificação de uma alteração normativa como potencialmente suspeita, de sorte a justificar uma atuação menos autocontida do Poder Judiciário. Trata-se de situações em que há forte plausibilidade de se estar diante de um uso do poder político-normativo com o intuito de minar as próprias conquistas do constitucionalismo.

O segundo passo do ministro relator consiste na conhecida superação da insindicabilidade de atos discricionários. De fato, todo ato normativo possui vinculação – em maior ou menor medida – à lei e ao direito, no que se convencionou denominar princípio da juridicidade.¹⁷² Assim, a mera remissão a uma regra de competência não ilide potencial controle judicial, que deve ser mais ativista na hipótese em questão por se tratar de potencial reprodução de constitucionalismo abusivo.

Aliás, a doutrina há muito consagra a teoria do desvio de poder,¹⁷³ consistente no uso de competência prevista em lei em desacordo com a finalidade que lhe oferece

172 Ao enunciar a crise da discricionariedade e a superação da dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, Gustavo Binbenbojm propõe uma tipologia de atos a partir de seus graus de vinculação à juridicidade, a saber: atos vinculados por regras; atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados; e atos vinculados diretamente por princípios. BINENBOJIM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª edição, rev. ampl. Editora Renovar, 2014. pp. 221-222.

173 Seabra Fagundes é considerado pioneiro no direito brasileiro em propor o controle de finalidade dos atos administrativos, com o intuito de estreitar a discricionariedade e conter o arbítrio estatal. Cf: FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Ed: Forense, 8ª Edição, 2010.

sustentação axiológica. A legislação pátria, desde meados do século passado, incorpora o conceito no art. 2º, parágrafo único, 'e' da Lei de Ação Popular.

Como lembra Bandeira de Mello, não há, na hipótese, abalo a discricionariedade do agente, nem avanço sob o mérito, eis que se trata de exame de mera legalidade, sendo, em verdade, um estreitamento do mérito administrativo.¹⁷⁴

Pois bem, os atos que boicotam a participação republicana da sociedade civil no CONANDA não podem ser tutelados pela ordem jurídica vigente. Em muitos destes casos, a suposta discricionariedade do agente público esbarra num verdadeiro dever-poder de agir,¹⁷⁵ que consiste na obrigatoriedade de não violar, na sua conduta, uma pauta pública prevista na Constituição Federal.

Traçadas as principais questões subjacentes ao retrocesso constitucional no sucateamento de instituições participativas, cumpre avançar para a análise de como a empreitada autoritária vem ocorrendo governança do fomento social à cultura.

3 – O retrocesso constitucional na ANCINE e nos Conselhos participativos: a subversão dos fins constitucionais e o contra-ataque do Ministério Público Federal

O incentivo no setor do audiovisual¹⁷⁶ é exercido de forma peculiar pela ANCINE - agência reguladora que possui, dentre suas funções, a atividade de fomento.¹⁷⁷

174 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 142

175 *Ibid.* p. 118.

176 A atividade de fomento, no âmbito audiovisual, pode ser dividida em direta e indireta. O fomento será direto quando as decisões sobre o investimento dos recursos passam diretamente por órgão público ou entidades, tais como as provenientes de recursos alocados para o Prêmio Adicional de Receita – PAR, Prêmio de Incentivo à Qualidade – PAQ ou Fundo Setorial do Audiovisual – FSA. Já o fomento indireto é eminentemente fiscal – envolve incentivo fiscal ou renúncia fiscal – e a decisão dos recursos a serem investidos é delegada a agentes privados, dentro da moldura permitida pela legislação, tais como o previsto no art. 39, X da Medida Provisória nº 2.228-1/01 e nos arts. 3º e 3º-A da Lei federal nº 8.685/93. Cf. MARTINS, Vinícius Alves Portela. *Agência Nacional do Cinema – ANCINE: comentários à Medida Provisória nº 2.228-1/01, ao Decreto nº 4.121/02 e à Lei nº 12.485/11*. São Paulo: Atlas, 2015. pp 62-63.

177 Vejamos, aqui, síntese de Aragão a respeito das competências da ANCINE: "*Entre as atribuições mais relevantes da ANCINE, todas a serem exercidas de acordo com a Política traçada pelo Conselho Superior do Cinema (art. 3o), podemos destacar as de estabelecer as normas de adaptação de obras cinematográficas ou videofonográficas publicitárias estrangeiras para que sejam divulgadas no país (art. 25); promover a integração de atividades governamentais relacionadas à indústria cinematográfica e videofonográfica; aumentar a competitividade da indústria cinematográfica e videofonográfica nacional por meio do fomento à produção, à distribuição e à exibição nos diversos segmentos de mercado; estimular a diversificação da produção cinematográfica e videofonográfica nacional e o fortalecimento da produção independente e das produções regionais; garantir a participação diversificada de obras cinematográficas e videofonográficas*

Como destaca Aragão, o fato de a ANCINE deter atribuição de fomento e possuir menos competências regulatórias *vis-à-vis* as demais agências, não a desqualifica como agência reguladora, eis que estas não exercem exclusivamente competências regulatórias.¹⁷⁸ Mendonça, após enunciar classificação de Marques Neto a respeito dos poderes atribuídos às agências – **(i)** normativo, **(ii)** de outorga, **(iii)** de fiscalização, **(iv)** sancionatório, **(v)** de conciliação, e **(vi)** de recomendação -,¹⁷⁹ sendo o normativo sua espécie mais relevante, também entende ser a ANCINE agência reguladora.¹⁸⁰

Em oportunidade recente, o legislador brasileiro confirmou tal natureza jurídica, ao incluir a ANCINE no inciso IX, do art. 2º da Lei federal nº 13.848/19, marco normativo das agências reguladoras. Desta forma, a ANCINE seria, a princípio, dotada de autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira, bem como seus dirigentes teriam estabilidade durante o mandato, na forma do art. 3º, *caput* da Lei federal nº 13.848/19: atributos inerentes à autonomia reforçada de uma autarquia em regime especial.¹⁸¹

Na prática, entretanto, sabe-se que, no Brasil, a ingerência do Poder Executivo nas agências reguladoras é traço cultural siamês à própria criação destas entidades administrativas. Com efeito, não são poucos os episódios de interferência nos mandatos de dirigentes, a ameaça de contingenciamento de recursos como forma de chantagem, e

*estrangeiras no mercado brasileiro; garantir a participação das obras cinematográficas e videofonográficas de produção nacional em todos os segmentos do mercado interno e estimulá-la no mercado externo; executar a política nacional de fomento ao cinema; fiscalizar o cumprimento da legislação referente à atividade cinematográfica e videofonográfica nacional e estrangeira nos diversos segmentos de mercados, na forma do regulamento; promover o combate à pirataria de obras audiovisuais; aplicar multas e sanções, na forma da lei; regular, na forma da lei, as atividades de fomento e proteção à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional, resguardando a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação; e estabelecer critérios para a aplicação de recursos de fomento e financiamento à indústria cinematográfica e videofonográfica nacional (arts. 6o e 7o)'. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3ª edição, rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 295.*

¹⁷⁸ Além disso, como compete à ANCINE executar e implementar a Política Nacional de Cinema, é forçoso reconhecer, pela teoria dos poderes implícitos, que ela deverá possuir funções regulatórias. *Ibid.* pp. 295-296.

¹⁷⁹ Apud MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014. pp. 317-318.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ Sobre a autonomia reforçada das agências reguladoras, cf: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3ª edição, rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, pp. 351-402.

o manejo de recursos hierárquicos impróprios de modo a mitigar sua autonomia decisória e normativa.¹⁸²

Com a ANCINE não é diferente. Como mostra Martins, a ANCINE não possui taxa regulatória, proveniente do exercício de poder polícia, que seria importante instrumento de autonomia financeira – e, conseqüentemente, funcional –, visto que constituiria receita própria da agência, independente do Tesouro, para custear as despesas administrativas.¹⁸³

Com efeito, a Condecine, espécie de contribuição de intervenção no domínio econômico, não compõe a receita da ANCINE, em razão da revogação dos incisos I e II do artigo 11 da Medida Provisória nº 2.228-1/01. Decerto, não há como admitir que uma CIDE venha a custear despesas administrativas da agência, devendo, em seu lugar, fomentar as estruturas regulatórias do setor econômico em questão ou propiciar o seu desenvolvimento. A conformação atual da Condecine segue este figurino, devendo ser destinada ao Fundo Nacional da Cultura – FNC e alocado em categoria de programação específica denominada Fundo Setorial do Audiovisual – FSA –, na forma do art. 34 da Medida Provisória nº 2.228-1/01.¹⁸⁴

No tocante aos seus dirigentes, a Lei federal nº 13.848/19 inaugurou sistemática de reforço do insulamento político, mediante alterações à Lei federal nº 9.986/00, estabelecendo mandatos não coincidentes entre os membros do Conselho Diretor e regras estritas de quarentena.

Estas disposições devem ser compreendidas conjuntamente com os artigos 17 a 21 da Lei federal nº 13.848/19, que estabelecem obrigatoriedade de planos estratégicos quadriennais, plano de gestão anual e agenda regulatória. Em outras palavras, os mandatos fixos não coincidentes entre os dirigentes e a obrigatoriedade de planejamento periódico fortalecem a independência política da agência com o intuito de criar uma estrutura de incentivos apta a promover os mandamentos constitucionais e legais setoriais numa perspectiva de longo prazo.

Ocorre que, com o intuito de garantir a continuidade da atividade regulatória e sabendo de risco ao quórum na demora no processo de indicação, sabatina no Senado e nomeação pelo Chefe do Poder Executivo, a Lei federal nº 13.848/19 acrescentou o art. 10 à Lei federal nº 9.986/00, que traz uma lista de substituição.

¹⁸² *Ibid.* pp. 365-375

¹⁸³ MARTINS, Vinícius Alves Portela. *Agência Nacional do Cinema – ANCINE: comentários à Medida Provisória nº 2.228-1/01, ao Decreto nº 4.121/02 e à Lei nº 12.485/11*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 137.

¹⁸⁴ *Ibid.* p. 138.

Tal lista de substituição, verdadeiros "*mandatos-tampão*", servem para cobrir o período de vacância que anteceder a nomeação do novo titular do Conselho Diretor, devendo ser composta por 3 (três) servidores da agência, escolhidos e designados pelo Presidente da República entre os indicados pelo Conselho Diretor.

Embora a intenção do dispositivo seja nobre, fato é que sua aplicação vem sendo desvirtuada na prática: de 10 de julho de 2019, data em que o Senado aprovou Diretor da ANVISA, até janeiro de 2020 não houve nova indicação de dirigente pelo Poder Executivo para qualquer uma das onze agências reguladoras. O resultado é uma estrutura de incentivos que reduz a independência da agência.

Feita esta breve digressão sobre os dirigentes das agências, cabe-nos retomar ao caso da ANCINE, em que o último titular foi nomeado em 19 de outubro de 2017, sendo os demais membros da Diretoria colegiada representantes da lista de substituição.

Tal fato, aliado à ausência de autonomia financeira, aumenta perigosamente o potencial de intervenção da Administração Pública central na agenda regulatória da ANCINE, o que se mostra ainda mais sensível em se tratando de entidade que congrega funções regulatórias e de fomento.

Aliás, desde o início de 2019 a própria existência da ANCINE encontra-se ameaçada. A intenção do atual mandatário da Chefia do Poder Executivo consiste na extinção da ANCINE e em rearranjar as funções de fomento ao setor cultural mediante transferência a órgãos diretamente subordinados à Presidência.¹⁸⁵

Na mesma linha, o Projeto de Lei Orçamentária anual enviada ao Congresso relativo ao exercício de 2020 previu redução do orçamento do FSA – Fundo Setorial do Audiovisual – em 43%, o que vai na contramão não só dos dispositivos constitucionais que demandam promoção da cultura, mas também da tendência global de promoção da economia criativa.¹⁸⁶

¹⁸⁵Sobre a notícia a respeito da intenção do Governo federal de extinção da ANCINE, cf. <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/07/governo-avalia-distribuir-funcoes-e-acabar-com-regulacao-da-ancine.shtml>

¹⁸⁶ Para a projeção do corte orçamentário destinado ao FSA em 2020 cf. <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/09/em-ofensiva-contra-ancine-bolsonaro-corta-43-de-fundo-do-audiovisual.shtml>

Ademais, embora os recursos do FSA sejam geridos pela ANCINE, fato é que desde 2019 houve paralisação no seu emprego para novos projetos,¹⁸⁷ o que aumenta a suspeita de intervenção da agenda da Administração Pública central na agência reguladora.

Para além desta possibilidade, houve, igualmente, decisão em sede de auditoria realizada no âmbito do TCU, no processo nº TC 017.413/2017-6, que buscou avaliar a conformidade da metodologia 'Ancine+Simples' para análise das prestações de contas de recursos públicos destinados ao fomento direto e indireto. Inobstante a auditoria tenha se iniciado em 2017, apenas em 2019 houve a prolação do Acórdão nº 721/2019,¹⁸⁸ o qual continha, entre outras, as seguintes determinações:

"(...) 9.4. determinar que o Ministério da Cidadania, como sucessor do Ministério da Cultura, e a Ancine atentem para a necessidade de só celebrarem novos acordos para a destinação de recursos públicos ao setor audiovisual, quando dispuserem de condições técnico-financeiro-operacionais para analisar as respectivas prestações de contas e, também, para efetivamente fiscalizar a execução de cada ajuste, ante a possibilidade de responsabilização pessoal do agente público pelas eventuais irregularidades perpetrada, com ou sem dano ao erário, em desfavor da administração pública (Achado III.3);

9.5. determinar, nos termos do art. 250, III, do RITCU, que, como integrantes do Comitê Gestor do FSA, o Ministério da Cidadania, o Ministério da Educação, a Casa Civil da Presidência da República e a Agência Nacional do Cinema dimensionem a quantidade de convênios e instrumentos congêneres para o eventual repasse de recursos federais ao setor audiovisual, em patamar compatível com a respectiva capacidade operacional e, especialmente, com a efetiva capacidade de fiscalização sobre os beneficiários e a análise das respectivas prestações de contas, entre outros elementos, para o aporte de fomento às atividades audiovisuais (Achado III.3);".

As determinações em questão redundaram não só num esforço de reestruturação da ANCINE no tocante a sua governança interna de prestação de contas, mas também – e mais importante – constituíram óbice em abertura de novos editais de seleção para fins de fomento direto.

187 Sobre a paralisação dos projetos no setor, cf. <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/293411/ancine-tem-cinco-mil-projetos-parados-desde-2018.htm>

188 TCU, Acórdão nº 721/2019, Plenário, rel. Min. André de Carvalho, j. 27.03.2019

Não tardou, entretanto, para que a Corte de Contas percebesse o equívoco da redação sobreinclusiva de sua determinação e, em 19 de junho de 2019, mediante provocação do Ministério Público junto ao TCU, proferiu o Acórdão nº 1.417/2019 para tornar insubsistentes referidas determinações.¹⁸⁹

Em seu voto vencedor, o ministro Bruno Dantas refletiu sobre o item 9.4 da determinação, concluindo tratar-se de *"um obstáculo à política pública da Ancine, ao impossibilitar a formação de um juízo objetivo daquilo que a entidade deveria cumprir, elemento inerente e indispensável a esse tipo de deliberação"*. De igual modo, ressaltou que *"as determinações não podem ser genéricas ao ponto de impedir que o gestor, em observância ao dever de cautela, execute a política pública por receio de ser penalizado por esta Corte"*.

Sucedee, todavia, que a política de fomento da ANCINE não foi retomada adequadamente desde então, visto que, num período de 10 (dez) meses – entre agosto de 2019 a janeiro de 2020 – apenas um projeto foi aprovado com recursos do FSA.

A justificativa mais plausível para a letargia da ANCINE no exercício das suas atribuições de fomento, no ano de 2019, está relacionada a uma agenda contrária do atual mandatário da Chefia do Poder Executivo. Trata-se da única mudança institucional relevante no período, sendo certo que, como apontado, as declarações do Presidente da República corroboram esta impressão, tendo em vista sua intenção de extinguir a agência.

Aqui, cabe destacar a postura da atual Administração Pública central de interromper até mesmo certames de 2018. Em 21 agosto de 2019, quando a ANCINE ainda estava vinculada ao Ministério da Cidadania, o então Ministro publicou Portaria nº 1.576/19 determinando suspensão da *"Chamada Pública BRDE/FSA – PRODAV – TVs Públicas"*, lançada em 13 de março de 2018 e voltada ao financiamento de obras audiovisuais com recursos do FSA. Tal ato teve por motivação a suposta *"necessidade de recompor os membros do Comitê Gestor do Fundo Setorial do Audiovisual – CGFSA"*, tendo sido editada 6 (seis) dias após o Presidente da República tecer as seguintes críticas em rede social:

*"Outro filme aqui: "Afronte". Mostrando a realidade vivida por [ênfase] NEGROS, HOMOSSEXUAIS no DISTRITO FEDERAL. Não entendi nada, confesso. (...) Olha, a vida particular de quem quer que seja não tem nada a ver com isso. **Agora, fazer um filme sobre NEGROS, HOMOSSEXUAIS no DF** [ênfase], **confesso que não dá pra entender. Então mais um filme que foi para o saco aí.***

¹⁸⁹ TCU, Acórdão nº 2.417/2019, Plenário, rel. Min. André de Carvalho, j. 19.06.2019.

Se a ANCINE não tivesse a sua cabeça toda, mandato, já tinha degolado todo mundo.

Mais um filme aqui. Este aqui é de cair para trás. Você é evangélica? Eu sou cristão, a minha esposa é evangélica. Vamos lá. O nome é “Religare Queer”. O filme é sobre uma EX-FREIRA LÉSBICA [ênfase]! Tá oquei. Daí são vários episódios, são dez episódios. Tem a ver com religiões tradicionalmente homofóbicas e transfóbicas. Tudo tem a ver sexualidade LGBT com evangélicos, católicos, espíritas, testemunha de Jeová, umbanda, budismo, candomblé, islamismo e Santo Daime. **Confesso que não entendi por que gastar dinheiro público com um filme desse. O que que vai agregar no tocante à nossa cultura, às nossas tradições no Brasil? Não tô perseguindo ninguém, cada um faça o que bem entender no seu clube, vá ser feliz. Agora, gastar dinheiro público para fazer esse tipo de filme...**

Esses filmes aí a iniciativa privada não vai investir, porque não têm plateia, não têm audiência. É jogar dinheiro fora, **além de divulgar**..... isso aí não tem cabimento”190 Grifos no original

Diante do possível desvirtuamento finalístico da atividade estatal, a Procuradoria Geral da República ingressou com ação civil pública por ato de improbidade administrativa nº 5067900-76.2019.4.02.5101 e demonstrou, em fundamentada petição inicial, que a motivação da Portaria constituiu cortina de fumaça para ocultar a agenda de perseguição a minorias perpetrada da Administração Pública central.¹⁹¹

Isto porque o processo de seleção já se encontrava em estágio avançado e sequer se cogitava de ato a ser praticado pelo Comitê Gestor do FSA. Além disso, o MPF colacionou entrevistas do então Ministro da Cidadania que refletiam o desvio de poder da Portaria. Finalmente, a suspensão do certame acarretaria enormes prejuízos para o erário público, contabilizados em R\$ 1.786.067,44, referentes ao pagamento das despesas administrativas e financeiras com a sua realização.

Como destacado pelo MPF, houve evidente confusão do interesse público e as vontades pessoais do governante, sendo certo que a discricionariedade conferida por Lei não permite ofensa ao princípio da isonomia e ao estabelecimento de tratamento

190 MPF, ação civil pública nº 5067900-76.2019.4.02.5101, petição inicial. pp. 04-05. Disponível em: [ACP - Ancine — Procuradoria da República no Rio de Janeiro \(mpf.mp.br\)](http://ACP - Ancine — Procuradoria da República no Rio de Janeiro (mpf.mp.br))

191 Para a notícia institucional do ajuizamento da ação civil pública em questão, cf. [MPF/RJ move ação de improbidade por censura em edital da Ancine — Procuradoria da República no Rio de Janeiro](#)

discriminatório, mormente em face de minorias já estigmatizadas. Além disso, a medida configura forma de censura prévia ao não dar os meios para que vozes sub-representadas no âmbito social obtenham meios materiais de se fazerem ver e ouvir, mediante política pública de fomento constitucionalmente adequada.

Binenbojm, ao comentar os recentes cancelamentos de exposições em museus e a criação de CPI para investigar supostos crimes perpetrados por artistas em performances com corpos nus, crianças e símbolos litúrgicos, afirma tratar-se de retomada atávica do conceito de "*arte degenerada*", expressão em voga na época do regime nazista alemão que impunha padrões estéticos racistas e preconceituosos.¹⁹² Nada inserido, portanto, no espírito republicano da Constituição Federal.

Em tempo, a liminar no âmbito da ação civil pública em questão foi deferida, determinando a suspensão dos efeitos da Portaria em questão e a continuidade do certame segundo as regras do edital.¹⁹³ A decisão se valeu como fundamento, para além da teoria dos motivos determinantes, de importantes julgados do STF na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar nº 1248 e da Medida Cautelar na Reclamação nº 36.742 que determinaram a cessação de atos contrários à liberdade de expressão ocorridos na Bienal do Livro do Rio de Janeiro.¹⁹⁴

A partir da consulta ao sítio eletrônico do BRDE – agente financeiro do FNC, na forma do art. 5º, *caput* da Lei federal nº 11.437/06 -,¹⁹⁵ a "*Chamada Pública BRDE/FSA – PRODAV – TVs Públicas*" foi devidamente concluída em 21 de janeiro de 2020, com a seleção de 79 (setenta e nove) projetos por todo país, totalizando a distribuição de R\$

192 BINENBOJM, Gustavo; BINENBOJM, Letícia. Quando a defesa da liberdade de expressão só vale para os iguais. *Portal eletrônico Conjur*. Disponível em: [ConJur - Gustavo e Leticia Binenbojm: a liberdade degenerada](#)

193 TRF-2, medida cautelar em ação civil pública nº 5067900-76.2019.4.02.5101, 11ª Vara Federal do Rio de Janeiro, j. 07.10.2019.

194 Verifica-se trecho especialmente relevante das decisões do STF em questão, que pedimos vênua para transcrever:

A decisão ora reclamada, ao taxar que publicações relacionadas à temática homossexual podem ser consideradas "conteúdos impróprios" ou "potencialmente indutor e potencialmente nocivo à criança e ao adolescente", tenta atribuir um desvalor a imagens que envolvem personagens homossexuais. Salienta-se que em nenhum momento cogitou-se de impor as mesmas restrições a publicações que veiculassem imagens de beijo entre casais heterossexual.

(...) O entendimento de que a veiculação de imagens homoafetivas é "não corriqueiro" ou "avesso ao campo semântico de histórias de ficção" reproduz um viés de anormalidade e discriminação que é atribuído às relações homossexuais. Tal interpretação revela-se totalmente incompatível com o texto constitucional e com a jurisprudência desta Suprema Corte, na medida em que diminui e menospreza a dignidade humana e o direito à autodeterminação individual". Grifos nossos

195 Cf. <https://www.brde.com.br/chamada-publica-brde-fsa-prodav-tvs-publicas-2018/>

68.950.000,00 em recursos do FSA, o que demonstra a eficácia e a importância da atuação do MPF e do Poder Judiciário a tempo e modo.

Da leitura de todo esse cenário recente envolvendo a ANCINE, percebe-se que os órgãos de controle – Ministério Público Federal, Tribunal de Contas da União - e o Poder Judiciário vêm exercendo o seu papel. No entanto, o sucateamento do fomento à cultura não parece apresentar melhora significativa. O que fazer, então?

4 – A construção de instituições participativas e responsivas: uma resposta possível

O início de uma solução para a construção de um fomento adequado à cultura, orientado aos valores constitucionais, passa por mudanças estruturais no seu funcionamento, mediante alteração na importância relativa dos atores do concerto institucional e redução da influência e de poder de veto que muitos deles possuem atualmente.

Uma resposta que pense apenas em termos da dogmática do direito administrativo - de modo a delimitar limites substantivos à atividade de fomento -, acaba por ter visão parcial da questão¹⁹⁶ e só funcionaria em um ambiente institucional minimamente adequado, o que não se verifica.

Em outras palavras, é preciso buscar um modelo que dependa menos da atuação diligente e comprometida dos órgãos de controle e do Poder Judiciário, sendo necessário que o fomento adequado à cultura seja empregado por desenho (*by default*), de sorte que aqueles órgãos se apresentem apenas para corrigir abusos e equívocos eventuais.

¹⁹⁶ Num cenário hipotético, após o ajuizamento de inúmeras ações populares, ações civis públicas e ações de improbidade administrativa, poder-se-ia reconhecer a falência decorrente da disfuncionalidade sistema de fomento à cultura, o que ensejaria o manejo de arguição de descumprimento de preceito fundamental para que se declare o estado de coisas inconstitucional na promoção dos direitos fundamentais correlatos e para que sejam adotadas as medidas estruturantes necessárias a sanar o quadro. Sobre o conceito do estado de coisas inconstitucional, esclarece Campos: "*A configuração do estado de coisas inconstitucional possui quatro pressupostos: o primeiro é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas; o segundo é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais; com relação ao terceiro pressuposto, haverá o estado de coisas inconstitucional quando a superação de violações de direitos exigir a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes; o quarto tem natureza puramente quantitativa e diz respeito à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, o que produziria grave congestionamento da máquina judiciária*". CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao "Estado de Coisas Inconstitucional"*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015. p. 229.

Neste sentido, é de se destacar que a própria Constituição Federal prevê, em seu art. 216-A, inserido pela EC n° 71/12,197 a criação de um Sistema Nacional de Cultura, descentralizado entre os entes da Federação, e participativo, de modo a garantir a promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes.

Merecem atenção, ainda, alguns princípios do Sistema Nacional de Cultura, previstos nos incisos §1º, do art. 216-A da CRFB, tais como: **(i)** a diversidade das expressões culturais – inciso I; **(ii)** o fomento à produção, difusão e circulação de conhecimentos e bens culturais – inciso III; **(iii)** a transparência e compartilhamento das informações – inciso IX; (iv) a democratização dos processos decisórios com a participação e controle social – inciso X; e **(v)** a ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura – inciso XII. Em seu §2º, o dispositivo traz a estrutura do SNC, dos quais sobressaem o Conselho Nacional de Política Cultural – inciso II – e as Conferências Nacionais de Cultura – inciso III.

O direito à cultura, por sua vez, reveste-se de *status* materialmente fundamental, visto que não se encontra previsto apenas nos arts. 23, V e 215 CRFB, mas está igualmente relacionado a um feixe de garantias, tais como: à vedação de censura política, ideológica e artística – art. 220, §2º CRFB – e ao livre desenvolvimento da personalidade, elemento indissociável do princípio da dignidade da pessoa humana – arts. 1º, III, 3º, I e 5º, IV e IX CRFB. Como explicitam Dantas e Molinaro:

“A cultura e os direitos culturais são na sistemática constitucional brasileira, direitos fundamentais, individuais e sociais, neste sentido gozam da perenidade que lhes empresta à cláusula de vedação contida no inciso III do art. 60 da CF. A expressão cultura utilizada pelo constituinte de 1988 tem endereço certo, dirigindo imediatamente a significação das capacidades do fazer humano e todas as suas manifestações, espirituais, artísticas, intelectuais e científicas, bem como a formação de uma **subconstituição cultural**, que pode inclusive caracterizar um **Estado de Cultura**, onde a expressão máxima está vinculada ao acervo comum da identidade de cada um dos grupos que coopera para a identidade nacional, desde suas memórias históricas, condições étnicas, produção artística, intelectual, filosófica e sociológica. Os princípios de interpretação do sintagma **cultura protegida** não está divorciada da intenção do constituinte impressa no **preâmbulo constitucional**, e especialmente do programa que desenha o art. 3º, I, pois uma sociedade justa livre e solidária é uma sociedade mediada pela

197 Como será demonstrado a seguir, a EC n° 71/12 buscou entrincheirar na Constituição Federal a existência de órgãos já previstos na legislação federal que lhe precedia.

cultura, portanto, é neste sentido que os direitos culturais são direitos humanos e são direitos fundamentais sociais, sendo que o amplo e complexo conjunto de suas manifestações conforma os fundamentos da nacionalidade”.¹⁹⁸ Grifos no original

No atendimento ao direito fundamental à cultura, deve o Estado cultivar e incentivar, com especial zelo, a cultura tradicional e contra-hegemônica, o que se extrai da leitura conjugada dos arts. 215, §1º, 216, §1º e 216-A, §1º, I da CRFB. Este dever decorre não apenas da obrigação de tratar cada pessoa com igual respeito e consideração - o que implica levar a sério o papel de cada forma cultural no desenvolvimento da personalidade do indivíduo -, mas da constatação de que, numa sociedade em que as relações privadas são mercantilizadas, serão as formas culturais minoritárias que não conseguirão apoio junto ao mercado privado para se reproduzir.

Neste sentido, o fomento social à cultura não pode ser interpretado sob uma ótica puramente econômica, na medida em que se presta a preservação de valores constitucionais de repercussão existencial. É dizer: o Estado como mecenas da arte deve privilegiar o experimentalismo e a diferença, o que evidentemente pode não gerar retorno financeiro aos cofres públicos, nem ser autossustentável, mas irá preservar formas de vida que são constitutivas da identidade das pessoas integrantes da sociedade pluralista em que vivemos.

Na moldura constitucional, afora as diretrizes gerais elencadas no art. 216-A, não há alocação rígida de atribuições entre os diversos órgãos setoriais de promoção da política pública de cultura, adotando-se sistemática descentralizada comum do federalismo cooperativo, que deve ser harmonizada mediante legislação infraconstitucional.

Neste sentido, mesmo antes da existência do art. 216-A, o Decreto federal nº 5.520/05 já havia instituído o Sistema Federal de Cultura – do qual a ANCINE faz parte, *ex vi* do seu art. 2º, I, 'b' – e que também criava o Conselho Nacional de Política Cultural. Este Decreto também previu a Conferência Nacional de Cultura como integrante do Conselho Nacional de Política Cultural e responsável por avaliar a execução das metas concernentes ao Plano Nacional de Cultura – arts. 6º, V e 11.

Em seguida, com o escopo de regulamentar o art. 215, §3º da Constituição Federal, que reserva à Lei a criação do Plano Nacional de Cultura - PNC, foi editada a Lei federal nº 12.343/10, que conferiu institucionalidade ao direito à cultura, além de instituir o PNC em seu anexo. A Lei federal nº 12.343/10 confere especial destaque à diversidade cultural – art.

¹⁹⁸ MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Comentários ao art. Art. 215. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1982

1º, II e 2º, I -, à crítica cultural e à reflexão em torno dos valores simbólicos – art. 1º, V e 2º VII -, ao papel da cultura no desenvolvimento sustentável e à criação de um mercado interno cultural em colaboração entre agentes públicos e privados – art. 1º, VIII e XI e 2º IX - e à participação, controle social e democratização na formulação e acompanhamento das políticas culturais – art. 1º, IX e XII e 2º, XIV.

No tocante às atribuições do Poder Público, a Lei federal nº 12.343/10 traz expressamente o papel de fomentar a cultura de forma ampla, por meio da concessão de apoio financeiro, fiscal e subsídios econômicos – art. 3º, III -, a necessidade de mensuração do atingimento das metas do PNC – art. 3º, II – e organizar instâncias consultivas e participativas da sociedade para debater estratégias de execução das políticas públicas de cultura – art. 3º, IX. O principal instrumento elencado para fomento às políticas culturais decorre do Fundo Nacional da Cultura, na forma do art. 5º, no qual, recorde-se, o Fundo Setorial do Audiovisual figura com programação específica.

Como demonstra Zimbrão, a dinâmica da I e da II Conferência Nacional de Cultura – CNC – realizadas, respectivamente, em 2005 e em 2010, muito confirma as conclusões de Pogrebinski e Santos supramencionadas de entrelaçamento entre os debates nestes órgãos de participação e a pauta legiferante do Poderes Executivo e Legislativo. Com uma peculiaridade: o impulso do extinto Ministério da Cultura foi primordial para estabelecimento da interlocução inicial com os órgãos de participação social e a Comissão de Educação e Cultura da Câmara dos Deputados.¹⁹⁹ Além disso, a atuação conjunta do Ministério da Cultura e do IBGE resultou, em 2004-2005, na criação do Sistema de Informações e Indicadores Culturais, que viria a se tornar o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais – SNIIC, na forma do art. 9º da Lei federal nº 12.343/10,²⁰⁰ importante ferramenta de planejamento e controle *ex post* do fomento.

Não se pode, entretanto, pensar que o Ministério da Cultura atuava como mero mensageiro entre o terceiro setor e o Parlamento. Mais do que agir como o deus Hermes, existia uma influência recíproca entre a sociedade civil – participante nas Conferências – e a agenda pré-estabelecida do órgão do Poder Executivo.²⁰¹ Nada obstante, este padrão regulatório apresenta significativa legitimidade democrática e republicana, pois empodera a sociedade civil como coprodutoras e destinatárias da produção normativa que for proposta ao Poder Legislativo como resultado das Conferências.

199 ZIMBRÃO, Adélia. Conferências Nacionais de Cultura e seus desdobramentos em políticas públicas. *IV Seminário Internacional – Políticas Culturais*. Fundação Casa Rui Barbosa. Rio de Janeiro, 2013. pp. 06-10

200 *Ibid.* p. 08-09

201 *Ibid.* pp. 10-13

Ocorre que a efetividade do Conselho Nacional de Política Cultural – CNPC, como órgão deliberativo, consultivo e propositivo, se viu extremamente ameaçada no ano de 2019. Com efeito, após a edição do Decreto federal nº 9.759/19 - que promoveu ampla extinção de colegiados da sociedade civil junto à Administração Pública federal e cujos efeitos o STF reduziu, no bojo da ADI 6.121, àqueles que não tinham sido criados por lei -, houve edição do Decreto federal nº 9.891/19, que revogou a parte do Decreto federal nº 5.520/05 relativa ao CNPC e trouxe novas disposições institucionais ao Conselho.

Na prática, o Decreto federal nº 9.891/19 está para o CNPC, tal como o Decreto federal nº 10.003/19 está para o CONANDA: trata-se de medida de redução e verticalização das escolhas dos membros da sociedade civil com sérios prejuízos ao princípio da paridade e da representatividade, submissão da escolha dos membros da sociedade civil ao crivo discricionário da Secretaria Especial da Cultura – art. 4º, §§2º e 3º do Decreto -, circunscrição do CNPC ao caráter meramente consultivo – retirando seus atributos deliberativos e propositivos – e exclusão da população LGBT do Conselho.²⁰² A diferença primordial é que não houve, em face do Decreto federal nº 9.891/19, ajuizamento de ação em controle concentrado – como houve a ADPF nº 622 em face do Decreto federal nº 10.003/19, que sucateava o CONANDA.

A reação ao Decreto federal nº 9.891/19 veio do Parlamento. A Deputada Federal Benedita da Silva, Presidente da Comissão de Cultura, apresentou, em plenário, a Proposta de Decreto Legislativo nº 451/2019, que, na forma do art. 49, V, X e XI da CRFB, buscava sustar os efeitos do diploma normativo em questão.²⁰³ Dentre os argumentos apresentados pelo Decreto Legislativo para declaração de inconstitucionalidade da medida, destacam-se a redução do caráter participativo do Conselho, em violação ao art. 216-A da CRFB, a redução da participação de membros dos diversos entes da Federação, o que reduz a representatividade regional do Conselho, a exclusão de representantes da comunidade LGBT em frontal violação à desigualdade de gênero, e os fundamentos apresentados pelo ministro Fachin na liminar da ADI 6.121 que se pautou no retrocesso democrático da extinção generalizada dos Conselhos perpetrada pelo Decreto federal nº 9.759/19 impugnado à época.

A Proposta de Decreto Legislativo foi aprovada na Comissão de Cultura e, após parecer favorável da relatora na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, foi retirado de pauta em 05 de novembro de 2019 por requerimento dos Deputados Federais

²⁰² AGUIAR, Mariana de Araujo; RISCADO, Júlia Erminia. Participação social nas políticas culturais: o Conselho Nacional de Políticas Culturais e o contexto de crise democrática. *Pol. Cult. Rev.*, Salvador, v. 12, nº 2, 2019 50-71. pp. 66-67

²⁰³ *Ibid.* p. 67.

Luiz Phillipe de Orleans e Bragança e Herculano Passos.²⁰⁴ A alteração da estrutura do CNPC parece ter se tornado, por ora, fato consumado.

Embora o imbróglio relativo ao CNPC seja grave, os Conselhos não são os únicos espaços que se tornariam mais responsivos com aumento da participação de setores da sociedade. Retornando ao fomento à cultura realizado pela ANCINE, cabe-nos atentar a um aspecto até então negligenciado: há sobrerrepresentação da Administração Pública central no Conselho que detém a '*chave do cofre*' para o Fundo Setorial do Audiovisual – FSA.

Vejamos o plexo normativo da matéria: o art. 34 da Medida Provisória nº 2.228-1/01 destina a CONDECINE ao FSA para aplicação nas atividades de fomento listadas no art. 47 daquela MP, quais sejam: o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Brasileiro – PRODECINE; o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Audiovisual Brasileiro – PROADV; e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento da Infraestrutura do Cinema e do Audiovisual – PRÓ-INFRA. Por sua vez, a Lei federal nº 11.437/06, que se reserva exclusivamente a fixar a destinação de receitas da CONDECINE para o FSA, estabelece a criação do Comitê Gestor do FSA em seu art. 5º, cujo §1º afirma que sua composição se dará por "*representantes do Ministério da Cultura, da Ancine, das instituições financeiras credenciadas e do setor audiovisual, observada a composição conforme disposto em regulamento*". Finalmente, o Decreto federal nº 6.299/07 traz a composição do Comitê Gestor, cuja atribuição é de "*definir as diretrizes e o plano anual de investimentos, acompanhar a implementação das ações e avaliar anualmente os resultados alcançados*", com o total de 9 (nove) membros: 4 (quatro) da Administração Pública direta, 1 (um) da ANCINE, 1 (um) da instituição financeira credenciada pelo Comitê Gestor, e 3 (três) representantes do setor audiovisual.

Além disso, os 3 (três) representantes do setor audiovisual, que supostamente deveriam oferecer maiores influxos da sociedade civil com relativa independência do Poder Público, devem ser designados pelo Ministro do Turismo a partir de lista tríplice encaminhada pelo Conselho Superior de Cinema – art. 5º, §§1º e 2º do Decreto federal nº 6.299/07. De acordo com Ikeda, o Conselho Superior de Cinema - CSC, criado e regulamentado pelos arts. 2º e 3º da MP nº 2.228-1/01, tem como função primordial a formulação da política nacional de cinema, com perfil desenvolvimentista e industrialista.²⁰⁵ Sua composição, inicialmente prevista no art. 4º da MP nº 2.228-1/01, foi alterada pelo Decreto federal nº 4.858/03, única oportunidade em que houve paridade

²⁰⁴ Para acompanhamento da tramitação deste PL, cf.: [Portal da Câmara dos Deputados \(camara.leg.br\)](http://Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br))

²⁰⁵ IKEDA, Marcelo. As políticas públicas cinematográficas no início dos anos 2000: o papel da ANCINE no 'tripé institucional' previsto pela MP 2.228-1/01. *VIII ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura*. Salvador, 2012. pp. 3-4

entre representantes governamentais e não governamentais, totalizando 18 (dezoito) membros.

No curso da primeira década do século XXI, não obstante sua relevante função, bem como a circunstancial paridade em sua composição, o CSC não desempenhou papel ativo na formulação de políticas públicas do setor, funcionando mais como instrumento de legitimidade para aprovação de medidas gestadas pelo próprio Ministério da Cultura. Soma-se a isto a ausência de periodicidade das suas reuniões, o que fez com que houvesse redução do *"seu poder efetivo, tornando-o, de fato, mais propriamente um conselho consultivo do que efetivamente uma instância programática de formulação de políticas"*.²⁰⁶

Atualmente, o CSC é regulamentado pelo Decreto federal nº 9.919/19, com as alterações promovidas pelo Decreto federal nº 9.993/19, não mais possuindo composição paritária – ao todo, são 8 (oito) membros do Poder Executivo e 5 (cinco) membros da sociedade civil. Houve, contudo, fixação de periodicidade quadrimestral das suas reuniões, o que pode vir a desobstruir um gargalo de efetividade.

O aumento de membros do Poder Executivo, entretanto, não é promissor. Como afirma Ikeda com relação à participação do então Ministério da Justiça, da Fazenda e das Relações Exteriores, o *"cinema possui um interesse de participação dessas pastas, mas que a recíproca não necessariamente é verdadeira, e certamente não com a mesma intensidade"*.²⁰⁷

Sucedem que, retornando ao Comitê Gestor do FSA, os 3 (três) membros do setor do audiovisual são indicados pelo CSC que, atualmente, possui composição majoritária de órgãos do Poder Executivo. Em outras palavras, a representatividade destes membros para falar em nome da sociedade civil possui vício genético de legitimidade.

Ora, a falta de paridade no Comitê – e, pior, a ausência de qualquer membro diretamente indicado pela sociedade civil – que define as regras de financiamento de uma das modalidades de fomento cultural, decerto aumenta a opacidade do setor. Em geral, portanto, a governança pública do setor cultural apresenta pouca porosidade à sociedade civil.

5 – Conclusão

As condições de possibilidade de um fomento à cultura adequado decorrem, primeiramente, de uma estrutura institucional plural e inclusiva, tal como determinado pelo

²⁰⁶ *Ibid.* pp. 10-11

²⁰⁷ *Ibid.* p. 10.

art. 216-A da Constituição da República. É preciso ir além dos procedimentos tradicionais de participação, tais como as consultas e audiências públicas junto a agências reguladoras – art. 9º e 10 da Lei federal nº 13.848/19 -, e lutar por modificações nas composições dos órgãos de participação, as quais podem ser feitas mediante simples Decreto.

Não se olvida da importância de resgatar a ANCINE do evidente sucateamento, haja vista sua relevante função de executar a regulação e o fomento no setor cultural, mas sim de apresentar, sob uma perspectiva institucional, todos os ambientes em que se deve buscar maior abertura à sociedade – sendo a ANCINE um deles, mas não o único.

No atual cenário, temos a pauta anticultural do Poder Público hegemoneizando e sabotando o funcionamento dos órgãos participativos e da agência reguladora responsáveis pelo fomento à cultura, por meio da sua paralisia e burocratização excessiva. É necessário, portanto, tornar nossas instituições de apoio à cultura mais resilientes a investidas futuras, o que, decerto, implica a adoção de estrutura de governança inclusiva, tal como delineado no presente estudo.

6 - Referências

ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral. In: ABRANCHES, Sérgio *et al.* *Democracia em Risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019

AGUIAR, Mariana de Araujo; RISCADO, Júlia Erminia. Participação social nas políticas culturais: o Conselho Nacional de Políticas Culturais e o contexto de crise democrática. *Pol. Cult. Rev.*, Salvador, v. 12, nº 2, 2019 50-71

ALONSO, Angela. A comunidade moral bolsonarista. In: ABRANCHES, Sérgio *et al.* *Democracia em Risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3ª edição, rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3ª edição, rev. ampl. Editora Renovar, 2014

208 Para uma crítica ao desempenho até então apresentado pela ANCINE, haja vista não estar atuando para um efetivo desenvolvimento do setor, cf: IKEDA, Marcelo. As políticas públicas cinematográficas no início dos anos 2000: o papel da ANCINE no 'tripé institucional' previsto pela MP 2.228-1/01. *VIII ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura*. Salvador, 2012. pp. 12-13.

BINENBOJM, Gustavo; BINENBOJM, Letícia. Quando a defesa da liberdade de expressão só vale para os iguais. *Portal eletrônico Conjur*. Disponível em: [ConJur - Gustavo e Letícia Binenbojm: a liberdade degenerada](#)

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da inconstitucionalidade por omissão ao "Estado de Coisas Inconstitucional"*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015

HUQ, Aziz; GINSBURG, Tom. How to lose a constitutional democracy. 65 *UCLA Law Review* 78, 2018 78-169

IKEDA, Marcelo. As políticas públicas cinematográficas no início dos anos 2000: o papel da ANCINE no 'tripé institucional' previsto pela MP 2.228-1/01. *VIII ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura*. Salvador, 2012

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UCDavis Law Review*, vol 47: 189, 2013 189-260.

MARTINS, Vinícius Alves Portela. *Agência Nacional do Cinema – ANCINE: comentários à Medida Provisória nº 2.228-1/01, ao Decreto nº 4.121/02 e à Lei nº 12.485/11*. São Paulo: Atlas, 2015

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014

MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Comentários ao art. Art. 215. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

VARGAS, Daniel. A Degradação constitucional brasileira. In: *Constitucionalismo de Realidade: Democracia, direitos e instituições*. Editora Fórum, 2019

ZIMBRÃO, Adélia. Conferências Nacionais de Cultura e seus desdobramentos em políticas públicas. *IV Seminário Internacional – Políticas Culturais*. Fundação Casa Rui Barbosa. Rio de Janeiro, 2013

A TRADIÇÃO REPUBLICANA E SEU POTENCIAL EMANCIPATÓRIO

RAFAEL CASCARDO CARDOSO DOS SANTOS:

Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: Neste estudo, busca-se destacar as vantagens da abordagem da tradição republicana para o enfrentamento dos problemas das sociedades contemporâneas. Num primeiro passo, procura-se expor em detalhes a evolução histórica da filosofia republicana, em suas diversas manifestações ao longo do tempo, buscando traçar pontos comuns em diferentes civilizações. Este primeiro passo, eminentemente descritivo, servirá de base para o desenvolvimento da segunda etapa, que consiste na elaboração crítico-analítica dos problemas sociais, políticos e econômicos contemporâneos a partir das lentes republicanas. À guisa de conclusão, o trabalho elabora uma síntese das duas etapas, visando à orientação de pesquisas futuras.

Palavras-chave: republicanismo; tradição filosófica; *res publica*; neoliberalismo

Abstract: This study aims to highlight the benefits of adopting the republican philosophical tradition to deal with the issues of contemporary societies. Firstly, it is explained in detail the historical evolution of the republican tradition on its various manifestations throughout time, as well as describing the common aspects across different civilizations. This first step, principally descriptive, will function as a groundwork to the second step, which consists of the development of a critical regard of social, political and economic contemporary problems under republican lights. At last, the work offers an orientation to future researches by means of consolidation of the two steps aforementioned.

Keywords: republicanism; philosophical tradition; *res publica*; neoliberalism

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – As matrizes republicanas; 2.1 – A matriz romana; 2.2 - A matriz italiana; 2.3 - A matriz inglesa; 2.4 - A matriz norte-americana; 2.5 - A matriz francesa; 2.6 - A matriz contemporânea; 3 - A importância do Republicanismo para o século XXI; 4 – Conclusão; 5 - Referências

1 – Introdução

O propósito deste trabalho consiste em trazer ao centro do debate público a centralidade da filosofia republicana para os nossos tempos. Tal como o fizeram outros filósofos contemporâneos adeptos desta tradição, acredita-se que há vantagens significativas numa sociedade que se norteia pelos valores normativos republicanos. Sem embargo, o grande diferencial do presente estudo consiste na apresentação destes aspectos positivos em termos práticos – *i.e* para a resolução de patologias sociais de fato

verificadas na contemporaneidade -, em vez de contrapor, apenas no plano normativo, os valores republicanos aos da filosofia liberal e socialista.

Para tanto, o estudo detalhará o percurso histórico da filosofia republicana por meio da metodologia de Schwarcz e Starling,²⁰⁹ que dividem as suas diferentes matrizes em romana – da Antiguidade -, italiana – do Renascimento -, inglesa – do século XVII, norte-americana – do século XVIII, francesa – do século XVIII e XIX – e contemporânea – da segunda metade do século XX.

Na sequência, faz-se uma síntese dos principais aspectos desta tradição política para, então, voltar-se à análise dos problemas sociais, políticos e econômicos verificados na contemporaneidade. Tais questões se pautam, em sua grande maioria, pelo risco de retrocesso autoritário na política – o que a tradição republicana denominaria tirania – e pelas consequências nefastas da política econômica neoliberal sobre a desigualdade – encarada pela filosofia republicana como uma corrupção do tecido social.

Finalmente, o último passo procura trazer uma síntese do exposto nas duas seções, fixando a importância do desenvolvimento futuro de estudos voltados ao enfrentamento de problemas práticos e específicos com base nas premissas aqui sedimentadas.

2 – As matrizes republicanas

2.1 – A matriz romana

O republicanismo surgiu na história das ideias nos escritos de Aristóteles a respeito da *politeia* – termo traduzido modernamente como “*Constituição*”, mas sem o sentido técnico-jurídico desta última. A *politeia* designava a forma de ordenação social e política da cidade, estando os escritos do filósofo grego preocupados em desenvolver o modelo ideal, porém com vistas à sua exequibilidade no mundo dos fatos.

Com esse intuito eminentemente prático, Aristóteles propõe um regime misto entre duas formas desviantes de governo: a oligarquia – governo dos ricos - e a democracia – governo dos pobres. O arranjo busca, desta forma, integrar e contrapor interesses com a finalidade de produzir acordos que atendam à coletividade.²¹⁰ Aristóteles destaca, contudo, que a *polis* ideal é aquela composta por cidadãos de classe média, na medida em

209 SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. Introdução. In: _____ (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019. pp. 12-13

210 CARDOSO, Sérgio. Origens: Politeia. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p 265

que desigualdades extremas desagregam a comunidade, gerando dominação privada – *dominium* –, bem como formas desviantes e autointeressadas de governo – *imperium*.²¹¹

O termo República surge apenas séculos depois, em Roma, com a recepção do termo grego *politeia* como *res publica* – traduzida na sua literalidade como “*coisa do povo*”. Políbio, historiador Grego exilado por 17 anos em Roma, é responsável por esta migração de ideias, mas foi Cícero quem melhor desenvolveu a noção de República como o melhor regime possível. Cícero entendia como República o grupo de pessoas agregado em razão da mesma lei e comunhão de interesses – *consensus iuris*.²¹²

A noção de República, portanto, já se dividia em dois elementos que irão marcar de uma ou outra maneira o republicanismo nos séculos vindouros: de um lado, uma aceção institucional, mas nem por isso formal, no sentido de que a República deve possuir instituições, leis e tradições legais que devem ser respeitadas por todos, principalmente os detentores de poder político e econômico; já a concepção de cultura comunitária visa à conservação de interesses comuns, que devem estar refletidos no conteúdo das leis e das instituições, denotando a capacidade do povo de identificar seus interesses individuais num referencial coletivo.²¹³ A reprodução desses elementos no seio social constitui aprendizado coletivo que agrega e comunidade e aperfeiçoa a República.

O fundamento último da República é a liberdade – *libertas* – do indivíduo, uma vez que o respeito à lei garante uma esfera de proteção da pessoa contra o arbítrio daqueles que detêm o poder político e econômico.

Assim, o republicanismo nasceu como uma proposta de organização ideal da sociedade – com viés primariamente político, mas também social, econômico e cultural –, indo muito além de leituras contemporâneas que o identificam meramente como uma forma específica de governo que se contrapõe à monarquia.

Aliás, a antítese da República na antiguidade era, na verdade, a tirania, que consistia na tomada do governo por um tirano, que subjugava a comunidade e as instituições a seus interesses particulares, em detrimento do respeito às leis que caracteriza a República. Além

211 DAGGER, Richard. Republicanism. In: KLOSKO, George [ed]. *The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy*. Oxford University Press, 2011. p. 705. LABORDE, Cécile. Republicanism. In: FREEDEN, Michael; SARGENT, Lyman Tower; MARC STEARS. *The Oxford Handbook of Political Ideologies*. Oxford University Press, 2015. pp. 616-620.

212 SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. Introdução. In: _____ (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 12

213 BIGNOTTO, Newton. Tirania e República. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p 409.

disso, a tirania corroía o referencial de interesse da coletividade, desagregando o povo pela ausência de horizonte normativo que o mantém unido.

Com o passar dos séculos, a tirania passou a ser considerada a partir de práticas políticas desviantes específicas, em vez de denominar uma ordenação institucional radical. Essas práticas, contudo, continuam a constituir a antípoda do regime republicano, eis que colocam os interesses particulares no centro de determinada ação política. Snyder critica as narrativas que surgiram após a Guerra Fria, no sentido de que a democracia liberal teria se provado a única forma de organização política possível e que a história política não poderia regredir para os regimes autoritários da primeira metade do século XX – o que ele denominou tese da inevitabilidade.²¹⁴

De acordo com o historiador, nada seria mais equivocados. A percepção coletiva de que estamos blindados ao retrocesso criou cidadãos desatentos aos sinais de que as coisas não vão tão bem assim. Com isso, Snyder delinea algumas práticas que corroem as democracias atuais ao fazê-las perderem seus referenciais, descrevendo tal processo como tirania.²¹⁵

Já o pensamento republicano, embora tenha resguardado seu núcleo central de proteção à liberdade, passou por diversas mutações a partir do seu contato com sociedades específicas. O processo de experimentação ao longo da história deu azo não a uma tradição republicana única, mas a diversas tradições, isto é, diferentes formas de pensar e traduzir os elementos e valores centrais do republicanismo tal como ele surgiu na antiguidade.

2.2 - A matriz italiana

A matriz italiana nasceu da necessidade de se pensar as Repúblicas italianas em sua autonomia perante o Sacro Império Romano-Germânico e o papado. A reflexão foi feita à luz do pensamento greco-romano e gerou duas correntes distintas. Num primeiro momento, surgiu o humanismo cívico, capitaneado por Leonardo Bruni, que tinha como eixo central o amor à liberdade articulado com as noções de República e de virtude cívica: a República é a única forma institucional que permite o florescimento da virtude, entendida aqui como a vida ativa – em contraposição à vida contemplativa da Idade Média – e constante engajamento nos assuntos públicos, o que preserva e nutre a liberdade num regime de adesão às leis que contaram com a participação efetiva de todos os afetados. Além disso, para Bruni, os conflitos facciosos na República são sinais de corrupção – perda de referencial normativo comum – e presságio de tirania, o que deve ser evitado a partir

²¹⁴ SNYDER, Timothy. *Sobre a Tirania: Vinte Lições do século XX para o presente*. Companhia das Letras, 2017. pp. 73-77.

²¹⁵ *Ibid.*

da busca pelo consenso e controle do exercício do poder por meio da reafirmação do império da lei.²¹⁶

Maquiavel, a seu turno, fez uma leitura crítica de seus antecessores humanistas, buscando reafirmar alguns aspectos específicos da tradição romana. O pensador florentino, inspirado na República de Veneza e na Roma antiga, defende um modelo de governo misto, que contará com *inputs* de setores distintos da sociedade. Sua premissa antropológica parte da inevitabilidade do conflito social, diferentemente dos humanistas, devendo este ser absorvido e incorporado nas instituições e nas leis de forma positiva. Com efeito, a divisão de funções em instituições distintas e calcadas em lei constituiriam o único escudo do povo contra a opressão dos poderosos, sendo um embrião da moderna teoria de separação de poderes. Assim, a fricção interinstitucional constituiria a grande virtude da cidade.

O conflito social pode, entretanto, ganhar ares perniciosos quando as instituições não mais conseguem processá-lo. Neste momento, as facções se sobrepõem às instituições e buscam controlá-las em prol de interesses privados, excluindo parte do povo da vida política e subvertendo o conceito de liberdade. Para Maquiavel, a última etapa desse processo de corrupção seria a instauração de uma tirania.²¹⁷

Por fim, a participação política em Maquiavel ganha caráter instrumental, na medida em que necessária para promoção do desejo de liberdade dos cidadãos de não serem dominados pela vontade arbitrária dos detentores de capital político e econômico.²¹⁸

Um adendo quanto às Repúblicas italianas se faz necessário: embora os humanistas e os republicanos clássicos da época enaltescessem o regime político vigente, eles também se mostraram críticos à influência excessiva do poder econômico das famílias e oligarquias ricas da cidade. Esta concentração de poder, contudo, não infirma o caráter extraordinário do engajamento popular na governança política para os padrões daquele período histórico.²¹⁹

2.3 - A matriz inglesa

No período da revolução inglesa do século XVII, alguns pensadores da época buscaram alicerces no republicanismo clássico para criticar o regime monárquico. A tradição constitucional inglesa acoplada ao pensamento clássico originou a matriz inglesa

²¹⁶ PANCERA, Gabriel. Matriz Italiana. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019. pp. 238-240.

²¹⁷ *Ibid.* pp. 242-243.

²¹⁸ *Ibid.* p. 241. VIROLI, Maurizio. *Republicanism*. Farrar, Strauss and Giroux. New York, 2002, pp. 04-06.

²¹⁹ *Ibid.* pp. 22-23

do republicanismo, que tem em James Harrington seu maior expoente. Em importante passagem de seu debate com Hobbes a respeito da liberdade no regime do sultão de Constantinopla *vis-à-vis* a República de Lucca, Harrington afirma que os cidadãos de Lucca são livres por conta das leis que regem a comunidade e limitam a todos, inclusive os governantes;²²⁰ por outro lado, o sultão em Constantinopla está acima da lei, o que transforma os seus cidadãos em servos em completa dependência e sem liberdade, ainda que o déspota não exerça, de fato, o seu arbítrio.²²¹

Semelhante à Maquiavel, Harrington via a instalação do governo misto como solução para a acomodação dos diversos interesses particulares na República. O arranjo institucional de separação de funções no Senado – composto pelos mais experientes – e na Assembleia do Povo seria capaz de evitar a proliferação de facções e interesses corporativos, alcançando, em suma, o interesse da coletividade. Além disso, Harrington era favorável à intervenção estatal da propriedade, reivindicando a aprovação de uma lei de terras, de modo a evitar a acumulação de riqueza que permitisse os mais abastados a corromper agentes públicos e dominasse os demais.²²² Quanto aos agentes públicos, Harrington defendia um sistema de rotatividade – *rota* - de cargos, de modo a evitar a concentração do poder político.²²³

No entanto, a *Commonwealth* – Estado Livre – inglesa refletiu pouco as aspirações dos seus defensores republicanos, trazendo forte concentração de poderes no Protetorado de Cromwell, com ares despóticos. Ao final de um período de pouco menos de 20 anos, o Parlamento decidiu restaurar a monarquia com o apoio do exército, encerrando o projeto político republicano. O legado de Harrington, contudo, estará muito presente nas obras neorrepublicanas da matriz contemporânea.²²⁴

2.4 - A matriz norte-americana

220 Harrington definia seu modelo ideal a partir da famosa expressão “*governo de leis, e não de homens*”, ao passo que reservava à governança hobbesiana o “*governo de homens, e não de leis*”. Ver: DAGGER, Richard. Republicanism. In: KLOSKO, George [ed]. *The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy*. Oxford University Press, 2011. p. 707.

221 VIROLI, Maurizio. *Republicanism*. Farrar, Strauss and Giroux. New York, 2002. p. 50-51

222 PETTIT, Phillip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford University Press, Oxford, 2002. pp. 32 e 162-163

223 DAGGER, Richard. Republicanism. In: KLOSKO, George [ed]. *The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy*. Oxford University Press, 2011. p.707

224 BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. Matriz inglesa. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019. pp. 234 e 236.

A experiência inglesa republicana, somada aos eventos da Revolução Gloriosa, inspirou o processo de independência e o surgimento da matriz norte-americana de republicanismo. De início, os *founding fathers* tinham que enfrentar um problema identificado por Montesquieu anos antes: o ideal de liberdade republicano era mais adequado para pequenos territórios, já que a coesão social ficaria cada vez mais instável na proporção em que a comunidade crescesse.

Este obstáculo foi superado pelos norte-americanos por meio de uma engenhosa combinação institucional: de um lado, conforme destacado no Federalista nº 9, a República não seria grande demais, pois constituiria uma Confederação, isto é, uma grande República composta por diversas Repúblicas menores.²²⁵ Esta organização federativa iria se acoplar ao sistema de democracia representativa, que, de acordo com o Federalista nº 10, supriria a impossibilidade fática de se adotar a democracia direta em um vasto território.²²⁶

A razão subjacente à escolha da democracia representativa decorre da premissa antropológica pessimista e individualista dos norte-americanos à época. Para eles, quanto maior o número de pessoas num órgão deliberativo, maior a chance de corrupção da política por interesses facciosos e pela contaminação das paixões. Assim, a filtragem da representação, de acordo com o Federalista nº 57, levaria à promoção da liberdade e do bem comum, na medida em que os mais sábios seriam eleitos.²²⁷

Outro ponto importante do arranjo institucional norte-americano é a dispersão do poder, delineada no Federalista nº 47, em Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo a evitar concentração que pudesse degenerar o regime político em tirania. Por outro lado, a justificativa no Federalista nº 51 para a instituição de mecanismos de freios e contrapesos segue a mesma premissa antropológica, na medida em que os considera imprescindíveis para "*contrapor ambição a ambição*". De acordo com Sandel, diferentemente dos adeptos do pluralismo de grupos de interesse, os federalistas acreditavam que haveria um cancelamento recíproco dos interesses das facções, de modo que os estadistas mais sábios e virtuosos, selecionados na forma do Federalista nº 57, seriam capazes de promover o bem comum.²²⁸

225 DAGGER, Richard. Republicanism. In: KLOSKO, George [ed]. *The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy*. Oxford University Press, 2011. p. 707.

226 *Ibidem*. p. 702

227 PETTIT, Phillip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 221

228 SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent: America in search of a public philosophy*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts. p 131.

Ademais, deve se ter em mente a reflexão dos federalistas, análoga aos demais adeptos da tradição republicana,²²⁹ de que estas escolhas institucionais não são inerentes ao republicanismo, constituindo, tão somente, ferramentas contextuais para promover a liberdade como não dominação. Aliás, os anti-federalistas, perdedores no embate institucional,²³⁰ também eram republicanos, mas previam outras formas de freios e contrapesos, dando maior relevância à participação democrática.²³¹

Há, ainda, uma preocupação que unia federalistas e anti-federalistas: a economia política da República. Thomas Jefferson foi, decerto, o mais preocupado com o impacto da industrialização nas virtudes dos cidadãos, defendendo uma economia eminentemente agrária, austera, com pouca intervenção bancária e de crédito,²³² acreditando que o comércio de manufaturas da época poderia atizar os vícios da avareza e da ambição, gerando desigualdade e corroendo os laços da comunidade política.²³³

2.5 - A matriz francesa

A polêmica matriz francesa, que deita raízes em Montesquieu, teve Rousseau como expoente mais característico, extremamente mal interpretado pelos protagonistas da revolução francesa.

Montesquieu, que também influenciou bastante a matriz norte-americana, não só elaborou a moderna da teoria da separação dos poderes, mas também possuía uma versão peculiar de virtude. Segundo ele, a virtude, entendida como o amor à lei e à pátria, era o espírito da República e deveria ser a paixão dominante dos seus cidadãos para que este

229 PETTIT, Phillip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 240

230 John Adams, republicano e anti-federalista, era fervoroso defensor do modelo de constituição mista. Ver: PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. Matriz norte-americana. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 247

231 Esta era a grande cisão entre os dois grupos: os federalistas prestigiavam meios endógenos, ao passo que os anti-federalistas defendiam um controle exógeno. GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford University Press, New York, 2013. p. 59

232 Jefferson comparava as condições de sujeição dos empregados à discricção dos empregadores tal como aquela dos escravos aos seus patrões, na medida em que não possuíam autonomia em recusar os seus comandos face a gravidade das consequências em suas vidas. cf. PETTIT *Just Freedom: a moral compass for a complex world*. W.W. Norton & Company, 2014. pp. 19-20. Na linha da busca por igualdade, a retórica republicana exerceu importante influência nos movimentos socialistas do século XIX, cf. PETTIT, Phillip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford University Press, Oxford, 2002. pp. 140-143.

233 SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent: America in search of a public philosophy*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts. pp. 124, 133-167

regime não se degenerasse. Contudo, os cidadãos modernos teriam dificuldade de alcançar essa virtude em seus corações, pois tal forma de renúncia e abnegação dificilmente seria implementada em sociedades mais desenvolvidas e complexas. Para ele, portanto, o ideal republicano se daria pela condução de um modo de vida austero, num Estado pequeno, com a economia igualmente simples, sem gerar ambição e ganância em seus cidadãos.²³⁴

Por sua vez, o pensamento de Rousseau apresentava algumas rupturas com as matrizes precedentes, na medida em que conferia à participação política importância nuclear na sua teoria,²³⁵ além de enfatizar ainda mais os atributos da virtude republicana. De acordo com ele, o povo é o único detentor do poder legítimo, devendo os cidadãos ocupar o Poder Legislativo para a produção das leis básicas, rechaçando a ideia de representação.²³⁶

Essa associação voluntária dos cidadãos na política geraria uma entidade qualitativamente distinta e artificial, uma "*persona pública*" coletiva, cuja expressão seria a "*vontade geral*". Para se manter enquanto tal, o ente coletivo dependia dos seus componentes – os cidadãos –, que deveriam reafirmá-lo por meio de intensa participação na esfera pública, sem intermediação alguma. A comunidade que conseguisse manter este compromisso contínuo viveria uma verdadeira democracia, que, para Rousseau, equivale à República.²³⁷

Neste ponto, mostra-se importante afastar um equívoco comum: a associação de Rousseau com a democracia direta. Embora a inferência soe plausível à primeira vista, é necessário trazermos a distinção entre soberania e governo no léxico rousseauiano: o povo é o único ente soberano - não podendo ser representado para fins de exercício dessa soberania - e suas decisões enquanto tal se tornam a "*vontade geral*", cujos únicos temas devem ser de interesse geral e abstrato. A única exceção a esta última regra seria a eleição de membros do governo – o povo soberano tomaria decisões para eleger representantes

234 VIROLI, Maurizio. *Republicanism*. Farrar, Strauss and Giroux. New York, 2002. pp 69-71.

235 Pettit entende que a relação do republicanismo com a democracia é instrumental, na medida em que este regime se mantém como o mais apto a promover a liberdade como não dominação. Em virtude da centralidade que Rousseau confere à participação democrática, Pettit prefere inseri-lo na chave da teoria democrática. cf. PETTIT, Phillip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 19 e 30

236 NASCIMENTO, Milton Meira do. Matriz francesa. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 215.

237 *Ibid.* p. 216.

para compor a máquina administrativa. Assim, os governantes atuariam por delegação do povo na execução das decisões políticas fundamentais – estas, sim, indelegáveis.²³⁸

O grande problema surgiu com a absorção dos ensinamentos de Rousseau pelos protagonistas da revolução francesa - seus admiradores confessos -, que, no entanto, exerceram a soberania por representação. No período do terror revolucionário, o conceito de virtude foi radicalizado, interpretado de forma rígida e particularista, resultando no denominado jacobinismo republicano, que ceifou a vida de milhares de pessoas em nome do regime.²³⁹

Não obstante esta primeira recepção desastrosa, os ensinamentos de Rousseau foram decisivos na formação de movimentos emancipatórios na América Latina no século XVIII e XIX. Muitos deles, inclusive, equipararam República com democracia, no intuito tão somente de extirpar o status de colônia.²⁴⁰

Por outro lado, no meio acadêmico, Benjamin Constant foi crítico contumaz de Rousseau e das atrocidades da revolução – que debita na conta da soberania popular.²⁴¹ Constant, que não se filia à tradição republicana, foi forte defensor da monarquia constitucional, com a figura do rei detendo o poder moderador.

No que tange ao pensamento de Rousseau, Constant lhe imputou o equívoco de defender, na modernidade, a soberania popular irrestrita. Ao estabelecer a dicotomia entre a liberdade dos antigos – que consistiria na vida ativa e sem intermediação dos cidadãos na atividade política – e a liberdade dos modernos – que estabelece direitos individuais a serem exercidos na vida privada ou, ao menos, sem uma ligação direta com os assuntos públicos -, Constant delineou as bases do pensamento liberal dos anos que se seguiriam.²⁴²

2.6 - A matriz contemporânea

²³⁸ *Ibid.* pp. 217-218.

²³⁹ *Ibid.* p. 218.

²⁴⁰ Para um levantamento histórico dos movimentos brasileiros no Rio de Janeiro e na Bahia que se apropriaram do léxico rousseauiano em busca da emancipação. Ver: STARLING, Heloisa. *Ser Republicano no Brasil colônia: a história de uma tradição esquecida*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. pp. 177-239.

²⁴¹ NASCIMENTO, Milton Meira do. Matriz francesa. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 218.

²⁴² *Ibid.* p. 219.

Do final do século XIX até primeira metade do século XX, houve certo arrefecimento da teoria republicana, que deu lugar à ascensão da ideologia liberal e de seus adversários, notadamente o socialismo e o fascismo.²⁴³

O republicanismo apenas voltou ao centro dos debates acadêmicos na década de 1970 com importantes obras de John Pocock e Gordon Wood, historiadores do pensamento político que buscaram retratar o elo do pensamento republicano presente nas matrizes inglesas e norte-americanas dos séculos XVII e XVIII.²⁴⁴

No âmbito da filosofia política, os maiores expoentes do que se convencionou chamar neorepublicanismo foram Phillip Pettit e Maurizio Viroli, que propuseram uma teoria para o século XX, ancoradas em bases milenares. Como a teoria política, moral e institucional de Pettit se tornou o paradigma na contemporaneidade para se pensar o republicanismo, muitas das considerações desenvolvidas a seguir terão por base o itinerário lógico da obra daquele filósofo.

Para entendermos Pettit, temos que voltar para 1958, ano do estudo paradigmático feito por Isaiah Berlin sobre a ideia de liberdade. Berlin, louvando-se na dicotomia entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos de Benjamin Constant, delineou os conceitos de liberdade negativa – a margem de atuação que o indivíduo possui sem interferência ou coerção estatal ou de terceiros, preservando sua capacidade de escolha – e liberdade positiva – a capacidade de autodomínio e de o indivíduo ser mestre de si e de seu destino. De acordo com sua exposição, que muito reflete o pensamento liberal no contexto do pós-guerra, a liberdade negativa, cuja tradição remonta à Hobbes, seria mais desejável frente à liberdade positiva, à qual apresenta sérias ressalvas em razão de propiciar o autoritarismo estatal, seja ele de viés perfeccionista ou paternalista.²⁴⁵

Com o passar do tempo, os filósofos políticos afiliados à corrente republicana apresentaram duras críticas²⁴⁶ à classificação dicotômica de Berlin e Constant, que era

243 No entanto, é curioso notar que no período anterior à crise de 1929, um grupo de intelectuais norte-americanos, notadamente John Dewey e Louis Brandeis, formulou críticas ao poder econômico numa gramática tipicamente republicana de promoção da autonomia individual como não dominação. Sobre o ponto, cf. RAHMAN, K. Sabeel. *Democracy against domination*. Oxford University Press, New York, 2016. pp. 11-13 e 92-96.

244 LABORDE, Cécile. Republicanism. In: FREEDEN, Michael; SARGENT, Lyman Tower; MARC STEARS. *The Oxford Handbook of Political Ideologies*. Oxford University Press, 2015. pp. 602-607. MAIA, Antonio Cavalcanti; MENEZES, Tarcísio. Republicanismo contemporâneo, Constituição e política. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009. p. 41

245 *Ibid.* pp. 32-36.

246 Pettit e Viroli entendem que a noção de liberdade negativa, na sua pretensa abstração, serviria para legitimar um projeto de poder e desmobilizar politicamente os que quisessem questionar o seu *status quo*.

predominante no imaginário acadêmico e político. Com efeito, Pettit, Viroli e Skinner, cada um à sua maneira, destacam o reducionismo científico de Berlin e Constant, o qual não resiste a uma cuidadosa análise da historiografia ocidental. Isto porque a liberdade republicana constituiria uma terceira modalidade, que não se confunde com as demais, com raízes longínquas, e cujo enfoque é a não dominação como condição necessária à autonomia individual.²⁴⁷

Segundo Pettit, a liberdade negativa consiste na não interferência de outrem, seja ele um agente privado ou estatal, sendo que esta liberdade de ação sempre seria restringida com a intervenção de terceiros, qualquer que fosse seu fundamento. Já a liberdade republicana envolveria a não dominação, que é violada toda vez que um terceiro – seja ele o Estado ou um indivíduo – interfira ou tenha capacidade de interferir de modo arbitrário na esfera de liberdade do agente.²⁴⁸

A concepção republicana de liberdade gera duas consequências importantes se comparada com a liberdade negativa: ela é mais difícil de se perder, na medida em que permite interferências não arbitrárias, como a atuação coercitiva do Estado com base numa lei aprovada regularmente. Por outro lado, a liberdade como não dominação será violada ainda que não haja interferência, mas o indivíduo se encontra em estado de sujeição ou dependência, caracterizado na constante possibilidade de o Estado ou outro sujeito interferir arbitrariamente na sua conduta. Em outras palavras, um escravo, mesmo diante de um mestre que respeitasse todos os seus desejos, não seria livre, de acordo com a liberdade republicana.²⁴⁹

A ideia de arbitrariedade é, pois, central à liberdade como não dominação, decorrendo da impossibilidade de reconduzir as razões de determinada conduta aos interesses dos potencialmente afetados, mas sim ao mero capricho de determinado grupo ou pessoa.²⁵⁰ Como dito, a conduta arbitrária pode decorrer tanto de uma ação estatal – necessitando de mecanismos institucionais de freios e contrapesos, bem como de *accountability* social e participação democrática para redução de concentração de poder –

Ver: PETTIT, Phillip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford University Press, Oxford, 2002. pp. 30-50. VIROLI, Maurizio. *Republicanism*. Farrar, Strauss and Giroux. New York, 2002. pp. 40-43.

247 MAIA, Antonio Cavalcanti; MENEZES, Tarcísio. Republicanismo contemporâneo, Constituição e política. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009. pp. 34-35

248 PETTIT, Philip. The Republican idea of freedom. In: MILLER, David. *The liberty reader*. Routledge, 2001. pp. 224-227.

249 *Ibid.* pp. 227-231.

250 PETTIT, Phillip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford University Press, Oxford, 2002. pp. 55-61.

, quanto de um ato privado da dominação – ensejando intervenções coercitivas estatais, ainda que não arbitrárias, em relações sociais com o intuito de reduzir as assimetrias de poder entre agentes privados.

Destas características centrais à liberdade republicana, decorre outro aspecto diferenciador central à autonomia liberal: a sua sociabilidade. A liberdade republicana pressupõe a alteridade e a existência em sociedade, não podendo ser interpretada como uma liberdade do indivíduo de forma atomizada. Por esta razão, o republicanismo é capaz de incorporar na ideia de dominação as estruturas de poder enraizadas na sociedade que interferem tanto na relação entre agentes privados, quanto entre o indivíduo e o Estado.

Neste ponto, a subjetividade republicana consegue captar os efeitos perniciosos da mera possibilidade de coerção arbitrária na esfera individual, podendo ir além da interferência perpetrada por uma pessoa específica. Dito de outra forma, estruturas ideológicas de poder reproduzidas no seio social com tamanha capilaridade ao ponto de o indivíduo naturalizar determinado *status* de sujeição são igualmente consideradas violações à liberdade como não dominação.

Outro ponto frisado pelos neorepublicanos é o seu caráter contextual. As tradições estão unidas por um fio condutor histórico cujo elemento comum consiste em evitar a dominação política e privada, guardando entre si certa dose de pragmatismo na engenharia institucional.²⁵¹ Como bem pontua Viroli, o republicanismo, diferentemente do liberalismo, não concebe os direitos como universais e inatos ao indivíduo, conferindo, em seu lugar, espaço para a constante luta política por não dominação, manutenção e ampliação dos direitos duramente conquistados.²⁵²

De acordo com Pettit e Viroli, o fato de o republicanismo acentuar a necessidade de luta para manutenção de direitos e instituições não tolhe a condição negativa da liberdade republicana. Neste aspecto, a matriz contemporânea se afasta do humanismo cívico, aproximando-se da corrente romana – daí a liberdade republicana também ser

251 Aliás, na matriz contemporânea, há uma grande diferença entre a aceitabilidade da teoria normativa substantiva do republicanismo – a liberdade como não dominação – e da teoria normativa institucional apta a maximizar a promoção da liberdade republicana. Embora a maior parte dos filósofos republicanos endossem o monismo valorativo da liberdade como não dominação proposto por Pettit, a modelagem institucional por ele aventada é bastante questionada. A distinção entre as duas dimensões de implementação da teoria republicana pode ser aprofundada em: WATKINS, David. Institutionalizing freedom as nondomination: Democracy and the role of the state. *Political Science Faculty Publications*. n° 50. pp. 2-5 e 24-30. Para um importante trabalho que demonstra tal falta de consenso a partir da exposição das diferentes propostas institucionais dos maiores expoentes contemporâneos do republicanismo – Pettit, Pocock e Bellamy –, cf: SILVA, Ricardo. Non-domination and Political Institutions: the contested concept of Republican Democracy. *Brazilian Political Science Review*, n° 09, 2015, pp. 3-38. pp. 32-35

252 VIROLI, Maurizio. *Republicanism*. Farrar, Strauss and Giroux. New York, 2002. pp. 7, 60-61

denominada neorromana por Skinner – na medida em que a participação política ocorre de maneira instrumental à promoção da não dominação.²⁵³ Com isso, os neorrepublicanos afastam a crítica de que a liberdade republicana seria inatingível na atualidade por demandar excessivamente do indivíduo na esfera pública.

Para os neorrepublicanos, a corrente cívico-humanista não é a melhor tradição a se cultivar nos dias de hoje, por acarretar perfeccionismo moral indesejável da perspectiva normativa e impraticável no plano descritivo. De um lado, seu apego à virtude na participação política e como um valor comunitário pode levar a autoritarismos, tais como os observados nos períodos de jacobinismo radical ou em algumas manifestações xenófobas na França contemporânea. Por outro lado, numa sociedade hipercomplexa, erigir a participação na esfera pública como a mais nobre das aspirações ressoa como atavismo caricatural impossível de se reproduzir na contemporaneidade.

Para cumprir tal desiderato, os neorrepublicanos endossam a percepção de que a existência de pontos de veto institucionais, calibrados por uma composição plural, relativamente autônoma a ingerências externas extraoficiais e dotados de capacidade deliberativa e normativa, é essencial à manutenção da liberdade individual na sociedade.

Nada obstante, isto não significa desprezo à virtude na matriz contemporânea. Ao revés, os neorrepublicanos rememoram que, para Maquiavel, a virtude da República consistia exatamente na capacidade de processar os seus conflitos mediante os embates institucionais. Assim, eles se afastam apenas da concepção do humanismo cívico e da orientação francesa, segundo a qual a virtude demandaria uma grande renúncia dos interesses privados por parte do indivíduo.

Aliás, de acordo com a matriz contemporânea, em momento algum o republicanismo demanda uma visão transcendental e homogênea de virtude e de interesse público. Tal perspectiva é comum em regimes totalitários e fascistas que representam a negação da República, na medida em que esmagam o indivíduo, colocando-o a serviço do Estado, que toma proporções gigantescas no campo ético e moral da sociedade. Lado outro, a comunidade política contemporânea, imersa no fato do pluralismo, contempla várias visões possíveis de vida boa.²⁵⁴

²⁵³ *Ibid.* pp. 45-49. PETTIT, Phillip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford University Press, Oxford, 2002. p. 27

²⁵⁴ MAIA, Antonio Cavalcanti; MENEZES, Tarcísio. Republicanismo contemporâneo, Constituição e política. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009. pp. 41 e 49-52

Quem melhor esclarece a questão, dentro da tradição republicana, é Hannah Arendt²⁵⁵, ao afirmar que o totalitarismo não estabelece, tal como Cícero prescreveria, seu próprio *consensus iuris*, mas, ao mesmo tempo, não se identifica com a tirania, já que não advoga pela ausência das leis e a arbitrariedade. O totalitarismo alude à uma lei transcendental,²⁵⁶ que busca uniformizar os indivíduos, tornando-os a imagem e semelhança da lei. Com isso, há uma desertificação do espaço público, já que o indivíduo se homogeneiza e se torna um só com o Estado: é o homem gigantesco arendtiano. Esta inversão axiológica e abafamento do pluralismo é a negação do republicanismo.²⁵⁷

Assim, é possível concluir que o republicanismo – seja qual for sua matriz – é pluralista, pois se pauta, em última análise, na liberdade como não dominação do indivíduo, concebida no seu contexto histórico e social, não possuindo pretensões homogeneizantes de regimes autoritários.

3 - A importância do Republicanismo para o século XXI

Após narrar a ubiquidade do pensamento republicano na história das ideias, fica evidente que qualquer esforço de delimitação conceitual ganhará contornos abstratos e impressionistas.

Feita esta ressalva, o núcleo central do republicanismo não mudou muito desde Cícero, de modo que podemos formulá-lo da seguinte forma: a República é a comunidade política²⁵⁸, formada mediante laços de interesse comum, na qual cada cidadão desfruta da liberdade como não dominação.

Deste conceito, extraímos condições políticas, econômicas, institucionais, sociais e psicossociais da República, que estão intimamente relacionadas entre si. A subjetividade republicana pressupõe que o cidadão perceba a política não como um esquema que serve para atender e perpetuar os poderosos no poder, mas como uma empreitada coletiva aberta a todos. Para isso, é necessário, sob a perspectiva institucional, que os

²⁵⁵ Hannah Arendt é filósofa republicana, mas não se encontra na mesma linha dos demais da matriz contemporânea, aproximando-se de uma visão agonística de republicanismo, defendendo um humanismo cívico. *Ibid.* pp. 41-42.

²⁵⁶ Arendt se refere à lei da história, invocada pelo regime comunista, e a lei da natureza, avançada pelo regime nazista. Quanto ao ponto, ver: ADVERSE, Helton. Totalitarismo e República. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019. pp. 417-418.

²⁵⁷ *Ibid.* pp. 419-420.

²⁵⁸ Como ficou evidente a partir da leitura histórica, a República é mais do que uma forma de governo, sendo, em verdade, um *modus vivendi* de dada sociedade, englobando as relações entre Estado-cidadão e destes entre si no âmbito privado.

representantes eleitos reflitam, na sua composição, o tecido social, bem como, sob uma lógica mais difusa, que as demandas formuladas por movimentos sociais tenham a devida capilaridade na arena política, isto é, que os representantes se pautem pela responsividade. Em outras palavras, é preciso garantir uma composição inclusiva nas instituições e que estas pautem sua conduta por meio de procedimentos abertos, transparentes e participativos.

Ainda que estes mecanismos sejam condições necessárias para conter o arbítrio estatal, é preciso que haja outros canais para contestar determinada decisão política, tal como não poderia deixar de ser numa sociedade democrática pautada pela provisoriedade e reversibilidade das decisões políticas. Disto se extrai a importância de que o arcabouço estatal conte com um concerto institucional de freios e contrapesos, garantindo que a contestação ocorrerá dentro das regras pré-estabelecidas.

Todas as condições delineadas até aqui atenderiam a um paradigma liberal. Com efeito, o liberalismo foi muito bem-sucedido em propor uma ideologia de não interferência que contenha o *imperium*, isto é, o poder arbitrário do Estado. Na sua gênese, vinculada a ascensão da burguesia, a formulação de direitos individuais inatos e universais não era nociva ao seu projeto de poder, na medida em que se encaixava perfeitamente no modelo de Estado liberal que atua tão somente para proteger esses direitos individuais, numa feição eminentemente negativa. Como o direito de propriedade – o mais prestigiado à época – só atendia àqueles que a detinham da intervenção arbitrária do Estado e de terceiros, não havia óbices em formulá-lo em termos gerais e abstratos.²⁵⁹

Ocorre que a gramática liberal na sua pretensa universalidade trazia imanente a si o potencial para sua superação. A ideia de liberdade e igualdade garantida pelo liberalismo, como bem destaca Peces-Barba, não correspondia à realidade, o que fomentou a luta política pela generalização de direitos aos excluídos sociais: primeiro pelos direitos políticos de participação, depois por meio de direitos sociais e econômicos a uma prestação estatal.²⁶⁰

Com isso, houve uma cisão no liberalismo no século XX. De um lado, temos os libertários, representados por Hayek, Friedman e Nozick, adeptos de uma visão de liberdade como não interferência e que negam um papel prestacional do Estado.²⁶¹ Já os que buscaram incorporar a justiça social defendem um liberalismo igualitário, tal como

259 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014. pp. 80-86

260 PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995-I. pp. 154-173.

261 SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014. pp. 214-216.

proposto por Rawls, segundo o qual a liberdade possui prioridade léxica, mas que deve ser modulada mediante aplicação do princípio da diferença.²⁶²

Entendemos, contudo, com Viroli, que não é necessário suavizar o liberalismo mediante predicados que salientam outros valores sociais desejáveis além da liberdade como não interferência. Ao revés, há uma tradição antiga que não só é incompatível com o libertarianismo, como também não necessita desapegar de uma teoria unitária de valor: trata-se do republicanismo.²⁶³

O conceito republicano de liberdade como não dominação não é direcionado tão somente à estrutura básica da sociedade, entendida esta como sinônimo de instituições básicas do Estado. Pelo contrário, desde Aristóteles já se via preocupação do efeito corrosivo na unidade da *pólis* que a desigualdade econômica pode acarretar, violando, na gramática republicana, a própria liberdade.

Chegamos aqui às condições econômicas da República – evitar o *dominium*, isto é, a dependência econômica e a concentração de poder privado. A desigualdade econômica tem sérias repercussões no aspecto psicossocial, degenerando o convívio comunitário: Maquiavel, Harrington e Jefferson destacavam que a opulência econômica de uns cria facções, gerando ambição e arrogância nos mais abastados, ao passo que os dominados nutrem ressentimento e raiva.²⁶⁴

Na contemporaneidade, houve alguns cientistas políticos e filósofos que se debruçaram sobre a questão numa ótica republicana. Até mesmo Pettit, que pautou seus trabalhos na construção de um arcabouço teórico do republicanismo, quando convidado para avaliar as políticas públicas espanholas, considerou o aspecto mais delicado no mercado de trabalho a precariedade e a transitoriedade dos empregos.²⁶⁵

Outros tentaram abordar a questão da desigualdade na República de modo mais direto. Spitz procurou enfrentar a compatibilidade do livre mercado com a liberdade como não dominação, concluindo que a inexistência de mecanismos de correção dos efeitos dos

²⁶² *Ibid.* pp. 206-210.

²⁶³ VIROLI, Maurizio. *Republicanism*. Farrar, Strauss and Giroux. New York, 2002. pp. 35-43.

²⁶⁴ *Ibid.* pp. 66-67 e 75-78. SITARAMAN, Ganesh. *The Crisis of the middle-class Constitution*. Knopf, New York. 2017. pp. 53-76

²⁶⁵ MARTÍ, José Luis; PETTIT, Philip. *A political philosophy in public life: civic republicanism in Zapatero's Spain*. Princeton University Press, Princeton, 2010. pp. 75-81.

mercados expõe os mais fragilizados nas relações econômicas ao risco constante de perder tudo e de não dispor de meios para fazer valer os seus direitos.²⁶⁶

A assertiva pode soar extremada, mas faz sentido sob uma ótica republicana: num cenário hipotético, a escolha em trabalhar em condições precárias sem leis trabalhistas nem cobertura para eventual desemprego revela verdadeiro estado de sujeição.

Dagger, em caráter propositivo, traz a ideia de uma economia cívica – tributar herança e consumo progressivamente, criar uma espécie de renda mínima e reformar o ambiente de trabalho, de modo a torná-los menos verticalizados e promover um senso de pertencimento à comunidade. O mais interessante na proposta, ainda que não desenvolvida completamente, é a pretensão de modular a lógica de eficiência do mercado para outros fins públicos – o que ocorreria, por exemplo, com a maior horizontalização das relações de trabalho.²⁶⁷

Sandel, a seu turno, já percebia em 1996 que as coisas não iam bem. Após constatar que a desigualdade norte-americana de 1970 a 1990 atingiu patamares semelhantes aos dos anos 1920, o professor de Harvard formulou um argumento tipicamente republicano contra a desigualdade extrema: a corrupção gerada no caráter dos ricos e dos pobres destrói a união do tecido social responsável pelo autogoverno, já que uma sociedade de extremos não possui o espírito de amizade republicano.²⁶⁸

Além disso, espaços públicos comuns ficam sucateados, na medida em que os ricos passam a frequentar clubes, escolas e condomínios privados, formando mini-enclaves homogêneos e atomizados. Neste sentido, o processo de gentrificação das cidades, que passam a ser organizadas em grandes feudos de segregação racial e econômica com condomínios fechados no lugar de parques públicos, contribui para o processo de desagregação social.²⁶⁹

A diminuição da desigualdade, para Sandel, viria com maior investimento público em educação e retreinamento profissional. Diante do *gap* econômico, contudo, os ricos

266 SPITZ, Jean-Fabien. Le marché est-il une institution républicaine? In: *Revista do Centro de Estudos Humanísticos*, nº 24/2, 2010. pp. 185-186

267 DAGGER Richard. Neo-republicanism and the civic economy. In: *Politics, Philosophy & Economics*. 5(2), 2006. pp. 165-170.

268 SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent: America in search of a public philosophy*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts. pp. 330

269 *Ibid.* pp. 334-336.

não se veem compartilhando um futuro comum com seus concidadãos, o que torna dificultoso o financiamento de investimentos mediante maior taxação.²⁷⁰

No tocante ao crescimento de espaços privados paralelamente ao sucateamento do público, alguns filósofos políticos frisam a importância de retomarmos a coisa pública – com ênfase no “*res*” da *res publica* – para sustentação da subjetividade republicana. Para Honnig, as coisas públicas não só enriquecem, mas tornam indispensáveis a vida democrática, pois sem elas a democracia se reduz a procedimentos repetitivos, desprovidos da eficácia integrativa da identidade comum.²⁷¹

Tais coisas públicas não são, necessariamente, propriedades estatais: podem ser geridas de forma híbrida ou privada, desde que com abertura ao público. O importante é a capacidade de construir e contestar estes símbolos da vida democrática, tais como parques nacionais, escolas públicas e cemitérios públicos. Assim, caso diminuamos o caráter político das coisas públicas em prol de uma lógica economicista, perde-se, também, uma parte da identidade do cidadão, na medida em que a prática diária de preservar, aumentar e contestar as coisas públicas compõe o que nos une, divide e, enfim, traz uma noção de *self* político compartilhado.²⁷²

Como descrito na introdução, o cenário é de tempestade perfeita para a retomada da tradição republicana: não apenas a desigualdade econômica chegou a patamares insustentáveis, como também temos, em muitos casos, uma relação parasitária entre *dominium* e *imperium*, extremamente nociva à liberdade como não dominação. É dizer: se muitos republicanos se ocuparam do risco de o combate da dominação privada pelo Estado acarretar a dominação pública, nesta quadra histórica temos os agentes econômicos e políticos cooperando para se perpetuar no poder.

No mundo, o fenômeno vem sendo estudado como fruto da implantação da ideologia neoliberal na década de 1980, consagrada nas dez regras do Consenso de Washington,²⁷³ mas cujos pais intelectuais são Hayek e Friedman – defensores do Estado

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ HONIG, Bonnie. *Public Things: democracy in disrepair*. Fordham University Press. New York, 2017. Pp. 90-91

²⁷² *Ibid.* pp. 4-5 e 13-36.

²⁷³ De acordo com Sitaraman, o Consenso de Washington consistiu em diretrizes de redução do Estado na economia direcionadas inicialmente a países da América Latina na década de 1980, que depois se expandiu por instituições como Banco Mundial e FMI com o intuito de impor regras estritas para realização de empréstimos internacionais, regras estas que impunham uma verdadeira camisa de força na capacidade estatal de promover qualquer transformação social significativa. SITARAMAN, Ganesh. *The Great Democracy: how to fix our politics, unrig the economy, and Unite America*. Kindle ed. Hachette Book Group, New York 2019. Posições 355-441.

mínimo e da liberdade como não intervenção. O produto desse conjunto de políticas adotadas há 40 anos gerou sérias desigualdades econômicas e a percepção pelos indivíduos de que as instituições de seus países não estão servindo ao povo, mas sim às elites. Assim, o aprofundamento do neoliberalismo – com elevação da desigualdade num patamar insustentável – vem dando azo à ascensão de demagogos oportunistas com discursos *anti-establishment*, mas que, em verdade, nada mais são do que a consagração da plutocracia no poder, por meio de governos de caráter altamente autoritário e repressor.²⁷⁴

A eleição de demagogos e a implantação de suas políticas autoritárias e desrespeitosas às instituições vêm sendo tratadas por uma vasta literatura de crise e retrocesso democrático, denominando essas posturas anti-institucionais – mas não contrárias às leis vigentes – de constitucionalismo abusivo. Embora seja importante entender esse processo e buscar mecanismos para evitar que os regimes políticos se degenerem em tiranias ou totalitarismos, é ainda mais necessário atacar as condições materiais e ideológicas que nos fizeram chegar até aqui.

Neste sentido, é preciso enfrentar as peças-chaves do neoliberalismo econômico que se entrincheiraram na política, tais como a austeridade, a privatização, a desregulamentação e a liberalização total da economia.²⁷⁵ O resultado tem sido maior precarização dos vulneráveis, maior concentração de poder nas elites econômicas e aumento de desigualdades. É chegado o momento, portanto, de se recorrer à lei como uma ferramenta de libertação diante do poder econômico concentrado, tal como o faz o pensamento republicano, por meio de seu léxico de liberdade e de sua forma de enxergar a sociabilidade ideal.

4 - Conclusão

Neste estudo, buscou-se expor as matrizes republicanas através do tempo a partir da explicitação dos seus traços característicos. Tal metodologia teve propósito claro: apresentar as vantagens comparativas da teoria republicana face, principalmente, a tradição liberal.

Ao tratar em linhas gerais dos principais problemas que afligem as sociedades contemporâneas, restou evidente a pertinência de sua leitura sob a chave republicana da liberdade como não dominação. Em outras palavras, a concentração do poder econômico e sua perpetuação mediante laços com o poder político é o elo comum destas questões,

²⁷⁴ BROWN, Wendy. *In the Ruins of Neoliberalism*. Columbia University Press. New York, 2019. pp. 2-22.

²⁷⁵ SITARAMAN, Ganesh. *The Great Democracy: how to fix our politics, unrig the economy, and Unite America*. Kindle ed. Hachette Book Group, New York 2019. Posição 435.

sendo certo que a filosofia republicana possui o léxico e o horizonte normativo adequado para enfrentá-las.

Diante deste patente potencial prescritivo, estão lançadas as bases para uma fecunda agenda de pesquisa na teoria do direito, mormente no direito público, qual seja, a abordagem dos mecanismos institucionais específicos que sustentam referido estado de coisas nocivo à emancipação republicana.

5 - Referências

ADVERSE, Helton. Totalitarismo e República. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019

BARROS, Alberto Ribeiro Gonçalves de. Matriz inglesa. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019

BIGNOTTO, Newton. Tirania e República. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019

BROWN, Wendy. *In the Ruins of Neoliberalism*. Columbia University Press. New York, 2019

CARDOSO, Sérgio. Origens: Politeia. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019

DAGGER Richard. Neo-republicanism and the civic economy. In: *Politics, Philosophy & Economics*. 5(2), 2006

DAGGER, Richard. Republicanism. In: KLOSKO, George [ed]. *The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy*. Oxford University Press, 2011

GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Oxford University Press, New York, 2013~

HONIG, Bonnie. *Public Things: democracy in disrepair*. Fordham University Press. New York, 2017.

LABORDE, Cécile. Republicanism. In: FREEDEN, Michael; SARGENT, Lyman Tower; MARC STEARS. *The Oxford Handbook of Political Ideologies*. Oxford University Press, 2015.

MAIA, Antonio Cavalcanti; MENEZES, Tarcísio. Republicanismo contemporâneo, Constituição e política. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009

MARTÍ, José Luis; PETTIT, Philip. *A political philosophy in public life: civic republicanism in Zapatero's Spain*. Princeton University Press, Princeton, 2010

NASCIMENTO, Milton Meira do. Matriz francesa. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. Matriz norte-americana. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019

PANCERA, Gabriel. Matriz Italiana. In: SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019

PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995-I

PETTIT, Phillip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford University Press, Oxford, 2002

PETTIT *Just Freedom: a moral compass for a complex word*. W.W. Norton & Company, 2014

RAHMAN, K. Sabeel. *Democracy against domination*. Oxford University Press, New York, 2016.

SANDEL, Michael J. *Democracy's Discontent: America in search of a public philosophy*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. Introdução. In: _____ (Orgs.). *Dicionário da República: 51 Textos Críticos*. 1ª Edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2019

SILVA, Ricardo. Non-domination and Political Institutions: the contested concept of Republican Democracy. *Brazilian Political Science Review*, nº 09, 2015

SITARAMAN, Ganesh. *The Crisis of the middle-class Constitution*. Knopf, New York. 2017

SITARAMAN, Ganesh. *The Great Democracy: how to fix our politics, unrig the economy, and Unite America*. Kindle ed. Hachette Book Group, New York 2019

SNYDER, Timothy. *Sobre a Tirania: Vinte Lições do século XX para o presente*. Companhia das Letras, 2017

SPITZ, Jean-Fabien. Le marché est-il une institution républicaine? In: *Revista do Centro de Estudos Humanísticos*, nº 24/2, 2010

STARLING, Heloisa. *Ser Republicano no Brasil colônia: a história de uma tradição esquecida*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

VIROLI, Maurizio. *Republicanism*. Farrar, Strauss and Giroux. New York, 2002

WATKINS, David. Institutionalizing freedom as nondomination: Democracy and the role of the state. *Political Science Faculty Publications*. nº 50

UNIÃO ESTÁVEL E DIREITOS DOS COMPANHEIROS

RAFAEL DOS SANTOS FERREIRA:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul/SP

RESUMO: A família surgiu antes do casamento, pois família que em épocas remotas possuía diversas formações surgiu junto com a natureza humana e o casamento foi uma imposição da igreja (que tinha íntima ligação com o Estado) que ao fundo visava proteger o patrimônio patriarcal. Era determinado pelas Leis Canônicas que a família só poderia ser formada mediante um casamento religioso e somente assim ele seria legítimo, bem como os filhos legítimos. No Brasil houve um certo atraso no sistema porque casamento e direito da família era regido pelo código civil de 1916. Mesmo antes da promulgação do Novo Código Civil (Lei 10.406/2002) a Carta Magna já estendia a proteção do Estado à união de fato entre duas pessoas, reconhecendo uma união estável. Por conseguinte, foram então promulgadas as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996, com a última preenchendo omissões da primeira, até que enfim no ano de 2002 passou a vigorar o Novo Código Civil, em substituição ao de 1916 que reconhecia apenas a família legítima, constituída exclusivamente pelo casamento, e a família ilegítima, produto de uma união informal, que era designada como concubinato, e totalmente desprovida proteção legal. Na sociedade contemporânea foi superado o costume de que uma união só seria válida se ocorresse mediante um casamento formal e é considerável o número de casais que apenas escolheram uma vida em comum, comprovando que os instrumentos legais acima referenciados foram instituídos em momento oportuno para reconhecer uma união estável, embora o casamento formal seja o consórcio ideal para evitar discussões jurídicas nas ocasiões de dissolução familiar.

Palavras-chave: Direito familiar. Família. União estável. Casamento.

ABSTRACT: The family arose before the marriage, because a family that in remote times had diverse formations arose together with human nature and the marriage was an imposition of the church (which had an intimate connection with the State) that in the end aimed to protect the patriarchal patrimony. It was determined by Canon Laws that the family could only be formed through a religious marriage and only then would it be legitimate, as would legitimate children. In Brazil there was a certain delay in the system because marriage and family law was governed by the civil code of 1916. Even before the promulgation of the New Civil Code (Law 10.406 / 2002) the Magna Carta already extended the protection of the State to the de facto union between two people, recognizing a stable union. Consequently, Laws 8,971 / 1994 and 9,278 / 1996 were enacted, with the latter filling in the omissions of the former, until finally in 2002 the New Civil Code came into force, replacing that of 1916 which recognized only the legitimate family, constituted exclusively by marriage, and the illegitimate family, the product of an informal union, which

was designated as concubinage, and totally without legal protection. In contemporary society, the custom that a union would only be valid if it took place through a formal marriage was overcome, and the number of couples who only chose a common life is considerable, proving that the legal instruments referred to above were instituted in due time to recognize a stable union, although formal marriage is the ideal consortium to avoid legal discussions on occasions of family dissolution.

Keywords: Family law. Family. Stable union. Marriage.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente há na sociedade a ideia de uma família ser formada por um casal após uma cerimônia matrimonial, porém, os conceitos de família moderna e casamento moderno são bem diferentes daqueles de antes da Constituição Federal de 1988 e muito mais diferentes daqueles de séculos atrás; o casamento só surgiu na idade média por influência da Igreja no Estado e dela foi monopólio por séculos.

O objetivo deste artigo é explorar a CF/88 e toda a legislação correlata para apresentar os princípios e conceitos de família e as formas de constituição de um núcleo familiar, por casamento formal ou união estável, heterossexual ou homoafetiva, bem como os direitos dos componentes deste núcleo familiar.

O trabalho pretende esclarecer estas situações:

Se além de viverem juntos um casal informal tem objetivos comuns como prosperidade e acumulação de bens – nem sempre com esforços iguais entre ambos – o tipo de união (estável ou formal) pode ser fundamental nos momentos de separação ou sucessão?

Em extensão a este tipo de hipótese, há também os fatos de uma das partes ou ambas possuírem herdeiros e/ou ascendentes. Novamente o tipo de união é preponderante nisto? E na união estável os direitos são iguais?

Visando esclarecer estas questões, inicialmente será explorada a evolução histórica dos institutos de família e casamento, para em seguida estudar o ordenamento jurídico antes e depois da Constituição Federal de 1988 e as peculiaridades do Código Civil de 1916 comparado com o de 2002, finalizando com discussão e conclusão.

2 METODOLOGIA

Com base num levantamento bibliográfico pretende-se neste artigo demonstrar comparativamente os conceitos de casamento formal e união estável, a família advinda deste consórcio e os direitos lhes assegurados pelo Estado nos casos de dissolução familiar.

Os subsídios necessários foram obtidos mediante pesquisas realizadas com base na palavra-chave União Estável e termos correlatos casamento, concubinato e direito sucessório no material impresso disponível nesta área de estudo e em sites especializados em Direito Familiar, conforme consta na bibliografia.

Neste contexto foram analisados diversos artigos, Leis, livros e obras acadêmicas de forma que os dados obtidos nesta pesquisa ofereceram embasamento suficiente para conceituar e definir casamento, união estável e direitos dos companheiros.

3 RESULTADOS

3.1 Conceito social de família e de casamento

Na sociedade atual o conceito de família é considerado como um produto natural de um casamento habitualmente celebrado religiosamente e depois, isoladamente ou não, o casamento legal é registrado no cartório do registro civil. Embora a relação entre casamento e família represente a evolução natural da sociedade (MADALENO, 2018), em épocas remotas casamento e família eram situações bem distintas.

É sabido que, desde os tempos mais remotos, a família é a base de construção da sociedade civil, de diversas formas no transcorrer da história da humanidade, se constituíram espécies de agrupamentos familiares e com eles formaram-se valores sociais, morais, econômicos, culturais, políticos, religiosos e jurisdicionais que transmutam a direção de seus conceitos e normas de acordo com o desenvolvimento dos povos (REZENDE, 2020, p. 1).

Segundo Gonçalves (2011), antes mesmo de existir a cerimônia do casamento religioso, que passou a ser um monopólio da Igreja Católica desde a Idade Média, na Roma antiga uma família representava o agrupamento de várias pessoas (consanguíneas ou não) e de acordo com Barreto (2020) a expressão família é de origem do latim *famulus*, cujo significado é escravo doméstico e foi adotado para designar os grupos sujeitos à escravidão rural.

Na família patriarcal da Roma antiga o número de pessoas reunidas era relativamente elevado e considerando o aperfeiçoamento social da família, Engels (1985), apontou quatro fases de evolução dela: a família consanguínea, na qual todos tinham um ascendente em comum e as relações sexuais eram mantidas indiscriminadamente até entre os próprios parentes, a família punaluan, onde era vedado o sexo entre parentes, a pré monogâmica marcada pelo fato da mulher deixar de se relacionar com outros homens (embora o homem pudesse exercer a poligamia), e ao fim a relação monogâmica que implica dedicação recíproca.

Secularmente e com influência da igreja um casamento tem sido classificado pela sociedade como uma união matrimonial entre homem e mulher, que se unem para constituir um lar e conseqüentemente procriar, e com resquícios do formato patriarcal da idade média, cabendo ao homem ser o chefe da família e provedor dos recursos bastantes e à mulher ser a auxiliar nas lides domésticas e criação dos filhos (ANTONACCI, 2020).

Nesta linha, esclarecem Santos e Santos (s.d., p. 07-10) existir a possibilidade de decretar a nulidade do casamento pelo Código de Direito Canônico que seria pela ocorrência de um impedimento dirimente, no Código supramencionado encontram-se 19 (dezenove) formas diferentes nulidade matrimonial, são elas: Idade mínima para contrair matrimônio, em sobredito código a idade mínima para os homens é 16 (dezesesseis) anos e para as mulheres 14 (quatorze) anos; impotência sexual; a impossibilidade de pessoa já casada contrair novo matrimônio; uma das partes seguir outra religião que não a católica ou a falta do batismo, podendo cessar com a conversão da parte à Igreja Católica; a ordem sacra; voto religioso de castidade; o rapto de uma das partes para com ela contrair matrimônio; contrair núpcias com quem ocasionou a morte do próprio cônjuge ou do cônjuge com quem deseja casar-se; parentesco consanguíneo em linha reta e na linha colateral até o 4º (quarto) grau; parentesco por afinidade em linha reta tanto do homem quanto da mulher; parentesco originário de adoção dos adotantes com os adotados e os parentes consanguíneos destes em linha reta e na linha colateral até o 2º (segundo) grau (REZENDE, 2020, p. 1).

A vasta influência do Direito Canônico na história do direito abrangeu as instituições e a até mesmo a cultura jurídica, pois a classe dos juristas profissionais é originária dos canonistas e neste contexto o estudo do Direito Canônico tem suma importância para a compreensão da evolução da estrutura familiar.

Para a Igreja uma família só era reconhecida se houvesse uma união matrimonial sacramental, vínculo que nenhum homem teria competência para romper, pois como foi uma união selada por Deus através de um sacerdote, o homem seria incapaz de diluir. Todavia, embora os preceitos religiosos fossem rígidos, eram também previstas situações excepcionais em que um dos cônjuges poderia demandar a anulação do casamento, com base nos conceitos de impedimentos matrimoniais previstos no Código Canônico (REZENDE, 2020).

Embora por longo tempo a Igreja tenha fortemente influenciado a sociedade por intermédio de sua cooptação com os governos, Souza (2020) indica que durante o processo de separação de poderes entre religião e Estado, de modo considerável a

Revolução Francesa colaborou com a implantação do casamento civil e a distinção dele do sacramento religioso, e por sua vez a Revolução Industrial deslocou o controle dos trabalhos do chefe de família e passou a contar com a colaboração da mulher e dos filhos, algo já comum na atualidade.

Frente ao cenário da separação entre casamento civil e religioso, no próximo tópico será enfocada a evolução do conceito jurídico de casamento no Brasil.

3.2 Direito da Família e casamento antes do Brasil republicano

Antes da declaração da independência de Portugal em 7 de setembro de 1822 pelo príncipe regente Pedro, que então passou a ser o Imperador D. Pedro I, a exploração do território brasileiro passou por dois períodos, o pré-colonial (1500-1534) e colonial (1534-1822).

Na linha histórica houve a separação da colonização em dois estágios porque a ela não se iniciou imediatamente no ano de 1500, porque após os navegantes portugueses chegarem o Brasil a coroa lusitana não expressou muito interesse pelo território encontrado²⁷⁶ por ser um paradeiro totalmente desconhecido e com vantagens incertas, seriam necessários vultosos investimentos para uma exploração bem abrangente e havia diversas tentativas de invasão de outros países envolvidos no mesmo projeto de expansão marítima, como Inglaterra, Holanda e França (AQUINO, 1978).

Não havia ainda uma verdadeira intenção do Reino de Portugal de ocupar de forma definitiva as novas terras descobertas e sim apenas de mantê-las e evitar sua ocupação total ou parcial por outras potências estrangeiras. Nesse período, foram apenas fundadas diversas feitorias ao longo do litoral, com o objetivo de carregamento de pau-brasil e contato com tribos indígenas, com as quais os portugueses já haviam estabelecido certo grau de amizade. Nelas eram deixados soldados da armada e degredados para cumprimento de penas em nossa colônia (OLIVEIRA, 2004).

Porém, visto que por volta de 1530 os negócios de Portugal com as Índias estavam em decadência e era muito intenso o fluxo de contrabandistas do pau brasil (abundante na Terra Nova), e que as tropas portuguesas enviadas para repelir os invasores não conseguiam cumprir suas funções, D. João III, o rei de Portugal, no ano de 1534 deliberou promover a efetiva povoação do território recentemente conquistado. Assim, a mando do rei o precursor da colonização propriamente dita foi o militar Martim Afonso de Souza, que

²⁷⁶ O Brasil não foi “descoberto” porque quando da chegada dos portugueses o território já era ocupado pela população indígena; portanto, a melhor expressão histórica é a de que este país foi “conquistado” (SOUZA; SAYÃO, 2011).

no Brasil aportou junto a muitas outras embarcações, todas lotadas de pessoas que consigo traziam diversas ferramentas e sementes para dar início à colonização (SOUZA; SAYÃO, 2011).

Embora no ano de 1822 tenha sido proclamada a independência política e de domínio português, o ordenamento jurídico continuou o mesmo que o anterior porque segundo a Lei Imperial de 20 de outubro de 1823 (BRASIL, 2020) as Ordenações Filipinas tiveram a vigência no Brasil mantidas e assim o direito das famílias continuava sendo regido pelas Ordenações e, como efeito disto, pelo poder eclesiástico (AZEVEDO, 2002).

A realidade é que nos primeiros tempos, o transpasse da sociedade colonial brasileira para a sociedade imperial, muito pouco ou quase nada se percebeu em termos de alteração, com relação à vida familiar. Não obstante ter ocorrido, a declaração da Independência, a instalação de um governo autônomo em relação a Portugal, tendo por sede a cidade do Rio de Janeiro, porém em nada foi modificado o processo de organização de nossa vida jurídica, política e social, tendo permanecido as pilastras básicas do governo anterior, ou seja, fora mantida sociedade escravocrata, a legislação do Reino de Portugal e ainda continuava a fusão do poder temporal com o espiritual, portanto, continuando a religião católica como a oficial do país (OLIVEIRA, 2004).

Posteriormente à Lei Imperial de 1823 foi então determinada a primeira constituição brasileira, sendo esta a única elaborada durante o período imperial, a Constituição Imperial representada pela Carta de Lei de 25 de março de 1824 (BRASIL, 2020), que no trato aos cidadãos brasileiros regulou seus direitos e garantias, mas nada de especial sobre a família e o casamento, exceto sobre a família imperial e respectiva sucessão no poder (COSTA, 2006), e segundo Queiroz (2020), "tratava-se de uma constituição imposta por um português em solo brasileiro, protegendo a família imperial portuguesa no Brasil, e omissa no tocante à proteção da entidade familiar".

Neste contexto, frente à ausência de dispositivo legal interno que tratasse do direito das famílias combinada com a aplicação das disposições das Ordenações Filipinas – originárias de Portugal – em território brasileiro, e visto que a religião oficial do império seria a católica apostólica romana (Constituição Imperial, art. 5º), era entendido que somente os casamentos oficiados pela igreja seriam oficiais (AZEVEDO, 2002).

Tem-se que durante o Período Colonial e o Período Imperial, a constituição das famílias, sob o aspecto legal, somente ocorria, através do casamento católico e a desconstituição dessas uniões, somente ocorria por intermédio do divórcio a não vínculo, que na

verdade, correspondia a uma separação de corpos e a divisão do patrimônio, porém, nesses dois períodos, não se permitia o rompimento do vínculo matrimonial. Assim, a legislação religiosa e também a legislação que se tentou editar em tal período, sempre eram voltadas para a impossibilidade da não dissolução do vínculo matrimonial (OLIVEIRA, 2004).

Portanto, o casamento nesta época era considerado como uma forma de constituição de família cabível somente à elite porque frente aos óbices econômicos e burocráticos, o enlace matrimonial socialmente aceito seria intangível por uma pessoa pobre ou escravo, salvo se houvesse o apoio pecuniário de terceiros ou benevolência do sacerdote local (AMARAL, 2020).

Nos anos iniciais do primeiro reinado do período imperial o governo se via livre de problemas institucionais e administrativos porque frente a uma população reduzida e quase que totalmente católica a Igreja poderia com facilidade continuar a registrar, controlar e influenciar a sociedade por intermédio dos sacramentos católicos, sobretudo o casamento, porém, com a crescente chegada de imigrantes não católicos, como protestantes, judeus e muçulmanos, o controle estatístico da população ficou difícil porque eles ficavam fora dos registros eclesiásticos (TIZIANI, 2020).

Sendo assim, neste cenário foram suscitados conflitos porque as minorias acatólicas desejavam o reconhecimento do matrimônio entre pessoas dissidentes do catolicismo e para aplacar os ânimos exaltados foi publicada a Lei 1.144 de 11 de setembro de 1861, cuja precipuidade seria a transferência, para a autoridade civil, das prerrogativas de dispensar os impedimentos e de julgar as causas relativas à nulidade de casamentos entre não cristãos e deste modo ampliou a possibilidade de casamentos, desde que celebrados entre cristãos (ainda que não católicos), já que o Brasil era um Estado Confessional (CASTANHO, 2012).

Portanto, segundo Queiroz (2020), após a vigência da Lei 1144/1861 passaram a existir três tipos de casamento:

- a) o católico, celebrado segundo as prescrições do concílio de Trento e disposições constitucionais do arcebispado da Baía (Ord., 4, 46, §1., e lei de 3 de novembro de 1827);
- b) o casamento misto, contraído segundo essas mesmas disposições e preceitos, porém conjugando um católico e um cristão dissidente;
- c) o casamento acatólico da lei de 11 de setembro de 1861.

No entanto, nos derradeiros anos do segundo império, embora o Governo Imperial fosse sustentado pela política escravista peculiar das grandes famílias aristocratas rurais, para poder se enquadrar no liberalismo internacional tardiamente expediu a Lei Áurea, desestruturando o ultrapassado sistema político até então praticado e subsidiado pelos imensos latifúndios rurais e desta forma fomentou o êxodo rural dos escravos libertos que se deslocaram para a periferia das cidades, dando origem a uma nova ordem econômica e a um novo sistema político, com a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889 (OLIVEIRA, 2004).

3.2 Família e casamento no Brasil republicano, até 1988

Durante o segundo reinado o Brasil se encontrava relativamente em forma de paz e organização na administração, porém, ao longo do império de D. Pedro II foram surgindo problemas internos de diversos fatores, como o movimento pelo fim da escravidão, choques com a igreja, o movimento republicano e conflitos com o exército, que por sua vez acabaram gerando crises.

[...] o regime monárquico, revelando-se incapaz de resolver os problemas nacionais a contento, a começar pela emancipação dos escravos, de cuja solução dependia o desenvolvimento da nação, perdera prestígio, sendo derrubado por uma passeata militar. A proclamação da República é o resultado, portanto, de profundas transformações que se vinham operando no país. A decadência das oligarquias tradicionais, ligadas à terra, a Abolição, a imigração, o processo de industrialização e urbanização, o antagonismo entre zonas produtoras, a campanha pela federação contribuíram para minar o edifício monárquico e para deflagrar a subversão (COSTA, 1999).

Considerando que a proclamação da república em 15/11/1889 definitivamente rompeu laços governamentais com o regime monárquico, foi instalado um governo provisório sob responsabilidade do marechal Deodoro da Fonseca cujas medidas iniciais foram determinar exílio à família real, revogar a constituição estabelecida no período imperial e convocar uma assembleia constituinte para criar a primeira constituição do Brasil republicano (LEAL; BORGES, 2017), todavia, a constituição republicana de 24 de fevereiro de 1891 também não continha disciplina especial sobre a família, em seu bojo tendo somente o § 4º do Art. 72, que dispunha que “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita” e foi o Código Civil de 1916 que a partir do Art. 180 que regulou exaustivamente o casamento civil em todas as suas formalidades, requisitos e efeitos, inclusive a sua nulidade e anulação e a simples dissolução da sociedade conjugal pelo desquite (COSTA, 2006).

Um marco referencial para o Direito da Família no Brasil foi o ano de 1917, quando começou a vigorar o Código Civil de 1916, que revogou as "Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil", reguladas pelo Livro IV das "Ordenações Filipinas" desde 1603 (ZACARIAS, 2010).

No período da colonização, a família brasileira constituiu-se a partir do regime patriarcal e teve a influência de três culturas neste processo: indígena, europeia e africana. Surgia a família patriarcal rural formada pelo patriarca, sua esposa, seus filhos legítimos e netos, seus principais representantes, somados aos membros considerados secundários: filhos ilegítimos ou de criação, afilhados, parentes, amigos, agregados, serviçais, escravos, e ainda, concubinas e filhos ilegítimos, todos convivendo sob o mesmo domínio, a casa-grande e a senzala (ANTONACCI, 2020, p. 1)

Porém, como o Código Civil de 1916 foi formulado com base em um projeto apresentado em 1899, é compreendido que na segunda década no século XX foi promulgado um regulatório alinhado com uma mentalidade patriarcal e preconceituosa do século anterior (XAVIER, 2015), época em que juridicamente o casamento era regido exclusivamente pelas leis canônicas, pelo menos até o ano de 1891, quando entrou em vigor a Constituição da República que determinou a separação entre os poderes de Estado e religião (OLIVEIRA; BASTOS, 2017).

Portanto, na regulação de casamento pelo antigo Código Civil, os comandos eram totalmente atrelados às questões religiosas preconizadas pelo Direito Canônico, que determinava que o casamento²⁷⁷ seria o único meio de se constituir uma família. Segundo os Artigos 233 e 240 deste mesmo código era estipulado que cabia ao marido a "chefia" da família no tocante a tomar decisões, administrar bens, manutenção material e pecuniária da família e deliberar acerca de fixação de residência, delegando à mulher as incumbências de ser a "companheira, consorte e colaboradora" do chefe da família, "cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta" (BRASIL, 2020).

Embora pertencente a uma sociedade patriarcal e continuasse a ser desvalorizada pelo Código Civil de 1916 e também de certa forma tendo a sua figura ignorada em todas as Constituições Federais²⁷⁸ vigentes antes da atual que foi promulgada em 1988, houve uma espécie de impulso à modernização da legislação voltada ao sexo feminino, inicialmente com o estabelecimento da Estatuto da Mulher Casada, representado pela Lei

²⁷⁷ O casamento civil foi instituído no Brasil no ano de 1890, de acordo com o Decreto 181 (BRASIL, 2020).

²⁷⁸ Antes da Carta Magna de 1988 foram estabelecidas outras seis constituições nos anos de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967, sendo que quatro delas foram promulgadas por assembleias constituintes e outras duas foram impostas, sendo uma por D. Pedro I e outra por Getúlio Vargas (BRASIL, 2020).

4121/1962 (BRASIL, 2020) e depois no início dos anos 1970 com a Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977) e enfim a Constituição Federal de 1988 (CF/88) (SOUZA, 2020).

3.3 Família e casamento segundo a CF/88 e o Código Civil de 2012

A Constituição Federal de 1988, em seu Art. 226, reconheceu a convivência de fato entre um casal e atribuiu a este núcleo a figura de entidade familiar e depois, no intuito de regulamentar estas determinações, foram promulgadas as Leis 8.971/94 e 9.278/96 que versavam sobre o direito a alimentos entre os companheiros, os requisitos para caracterização da união estável, a competência para o julgamento dessas ações e a conversão da união estável em casamento e estas diretrizes foram quase totalmente adotadas pelo novo Código Civil (XAVIER, 2015).

A nova base jurídica da Carta Magna visava zelar pelos princípios da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, a mudança de rumos e conceitos da legislação acerca de direito de família acontecera para tutelar a proteção destinada pelo Estado a família e os filhos de modo igualitário, sem discriminações, de contrapartida ao contido no Código Civil de 1916 (BARRETO, 2012, p. 07-08). Para Dias (2015, p. 32) a forma hierarquizada da família contida na legislação de 1916 sai de cena, cedendo espaço a democratização, as entidades familiares possuem mais igualdade entre seus membros baseadas em respeito mútuo, tendo como peça chave a lealdade (REZENDE, 2020, p. 1).

A Lei 10406/2002 (o Novo Código Civil) trouxe valiosas inovações para a posição da mulher no âmbito do direito civil e do direito familiar: aboliu a capacidade relativa, a necessidade de autorização para trabalhar fora de casa, e a submissão à figura do marido foram alguns entraves vencidos. (OLIVEIRA; BASTOS, 2017) e complementarmente no Art. 1.723, reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, desde que seja uma relação pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família.

4 DIREITOS DOS COMPANHEIROS EM UNIÃO ESTÁVEL

O conceito de família foi consolidado pela evolução da civilização e em épocas remotas tinha peculiaridades diferentes das atualmente existentes; com o passar do tempo o núcleo familiar teve suas características moldadas de acordo com a evolução da sociedade e somente o casamento, instituído pela igreja em época em que dominava o governo, representava a constituição de uma família legítima.

Entretanto, o mesmo casamento que outrora fora um instrumento para manutenção do poder patriarcal, também evoluiu junto com a sociedade e quando Estado e religião foram separados, a regulamentação legal do fato foi imprescindível para fortalecer os princípios de paz, justiça e respeito às pessoas e com o passar do tempo o regime patriarcal foi sendo esvaziado e a mulher passou a ser reconhecida como parte integrante da sociedade e plenamente capaz.

No Brasil, o processo de regulamentação legal de assuntos de família e casamento foi de certa forma moroso e passou por estágios que merecem destaque. Embora o arcaico Código Civil de 1916 tenha sido substituído somente em 2002 pelo Novo Código Civil, a valorização do gênero feminino passou a tomar forma a partir da década de 1960, inicialmente com o Estatuto da Mulher Casada (BRASIL, 2020) e posteriormente com a promulgação da Lei 6.515/1977, conhecida como a Lei do Divórcio (BRASIL, 2020). Mais adiante, 11 anos após o estabelecimento da Lei do Divórcio, passou a vigorar a atual Carta Magna (CF/88), que passou a reconhecer a união de fato como família, que oportunamente a legislação infraconstitucional conseguiu determinar os critérios complementares, de acordo com o Quadro 1:

Quadro 1 – Legislação infraconstitucional acerca do Direito de Família

Instrumento legal	Finalidade
Lei nº 8069/90	Instituição do Estatuto da Criança e do Adolescente
Lei nº 8560/92	Reconhecimento de filhos havidos em relações extramatrimoniais
Lei nº 8971/94	Direito dos companheiros a alimentos e à sucessão
Lei nº 9278/96	Regula o § 3º do Art. 226 da CF/88, enquadrando união estável como família
Lei nº 10406/2002	Código Civil, que trata do direito de Família a partir do Art. 1511

Fonte: adaptado de Dresch (2020).

Segundo Dias (2015) a família é um grupo informal que se forma de maneira espontânea, despretensiosa no convívio social e sua estrutura dá-se através do direito, de modo que sua colocação é reforçada e complementada por Prado (2012):

O tratamento constitucional que fora atribuído ao matrimônio gerou consequências também no que tange a sua dissolução, reduzindo os prazos para o requerimento do divórcio, em 01 (um) ano em casos de separação judicial prévia e 02 (dois) anos em casos de separação de fato. A manifestação de vontade dos cônjuges não era requisito suficiente para o divórcio, era necessário o cumprimento dos prazos, justificados como necessários para a reflexão das partes quanto ao desejo de divorciarem-se (PRADO, 2012, p. 39).

Neste contexto, Rezende (2020) indica que no corpo da Constituição Federal é importante atentar-se ao Art. 226 e seus oito parágrafos, pois neles estão elencadas as maiores mudanças acerca da legislação familiar e adiante estão sucintamente comentados os trechos que veem ao encontro do objeto deste artigo:

- a) caput: prevê que como a família é base da sociedade, possui especial proteção do Estado;
- b) § 3º: reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar;
- c) § 4º: reconhece a família monoparental como entidade familiar;
- d) § 5º: equidade de direitos e deveres relativos à sociedade conjugal;
- e) § 5º: faculta a dissolução do casamento civil através do divórcio.

Neste contexto, embora pregasse a religião que o casamento só seria válido se tivesse sido realizado com supervisão eclesíastica e por isto seria indissolúvel, a legislação moderna em vigor, com sua autonomia, passou a reconhecer legalmente a união entre companheiros e no caso de separação, aos mesmos conferiu direitos similares aos assegurados no caso de encerramento de um casamento civil.

O objetivo deste artigo é analisar os aspectos do Direito de Família formada por intermédio de união estável, mas neste contexto é necessário traçar um paralelo entre este tipo de união com o do casamento civil, previsto na CF/88 combinada com o Código Civil vigente, pois observa-se que em qualquer destes tipos de união pode haver a separação e nesta situação surgem questões como sucessão, pensão e partilha de bens, ressaltando que a única forma de se extinguir um casamento é pelo divórcio, conforme dispõe o Art.

1571 do Código Civil, combinado com seu Art. 1580 (BRASIL, 2020), conforme o trecho abaixo transcrito:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

§ 1º: O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º: Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

(...)

Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

No casamento com apontamento no registro civil há a dissolução da sociedade conjugal através de separação de fato ou de direito e/ou por divórcio. Logo acima foi citado o § 5º do Art. 296 da CF/88, porém, este é o texto atualizado pela EC 66/2010, pois antes era determinado “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos” (BRASIL, 2020).

O Art. 1571 da Lei 10406/2002 ainda prevê o fim da sociedade conjugal mediante a separação judicial, porém, permanecem nesta situação somente as separações ocorridas antes da Emenda Constitucional de 2010 e desde então os divórcios passaram a ser extrajudiciais ou judiciais.

O divórcio extrajudicial foi estabelecido pela Lei 11441/2007, que adicionou o Art. 1124-A no Código de Processo Civil (CPP) (Lei 5869/1973), que determina que a separação consensual e o divórcio podem ser realizados diretamente em qualquer cartório de registro público, desde que o casal não tenha filho(s) menor(es) e/ou incapaz(es) e nesta escritura

podem inclusive ser tratados assuntos de pensão alimentícia, partilha de bens e utilização de nome de casado (BRASIL 2020), enquanto que o divórcio litigioso, com base na Lei 6515/1977, ocorre quando a diluição não seja amigável ou seja necessário o concurso jurídico para regular uma partilha justa e demais assuntos conexos.

Por sua vez, como numa família constituída pela união estável não há registro público, a separação, por si só, levaria a termo o fim do relacionamento, no entanto, persistem os problemas da partilha de bens e pensão alimentícia e para solucionar este tipo de problema são utilizadas as Leis nº 8971/1994 e 9278/1996 conjugadas com o Código Civil, que respectivamente versam sobre direito dos companheiros a alimentos e à sucessão e enquadramento da união estável como família e cobre algumas lacunas da lei anterior (BRASIL, 2020).

Por regra é previsto na Lei 8971/1994 que ao consorte em separação, se provar não possuir condições econômicas para ser manter e antes de contrair outra união, pode valer-se da Lei da Pensão Judicial (Lei 5478/1968) e a sucessão é prevista de forma mais incisiva no Art. 1790 do Código Civil (BRASIL, 2020), a saber:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Portanto, embora juridicamente o casamento formal seja distinto de uma união estável, e certos assuntos patrimoniais podem suscitar demandas judiciais, os trechos legais analisados neste tópico indicaram que apesar de ser uma união pouco valorizada socialmente, a união estável possui previsões legais que regulam os temas gerados pela separação, reservado ao tópico de conclusão logo a seguir ponderações sobre os objetivos deste artigo com base nos dispositivos legais vigentes.

5 CONCLUSÃO

Na sociedade atual, do mesmo modo que está previsto no sistema jurídico, na comunidade em geral também é compreendido que a família constitui um elemento essencial na formação dos membros, propicia o acolhimento e proporciona afeto para garantir os propósitos para tanto (REZENDE, 2020) e com esta constitucionalização, a dignidade da pessoa humana é prevista no conceito de proteção especial, pois as normas complementares cabíveis seguem os princípios constitucionais para assegurar os direitos fundamentais.

Frente à modernização social do conceito de família é percebido que as relações afetivas passaram a ser o papel principal na constituição de uma família porque em primeiro plano a afetividade seria responsável pelo arranjo, da mesma forma que a ausência do afeto é capaz de suscitar a diluição da união de fato (união estável) ou de direito (casamento civil) e de modo algum deixa à mercê do destino aqueles cuja formação depende da família eventualmente desfeita.

Inegavelmente, conforme é previsto na Constituição Federal, todos são iguais perante as Leis e o fato de um casal escolher o casamento civil ou uma união estável deve ser de acordo com a deliberação de ambos e segundo as disposições legais há vários fatores a observar envolvendo esforços, bens (anteriores à união e adquiridos durante ela) e descendentes, tanto do homem quanto da mulher.

Neste cenário, as mudanças no desenvolvimento social e cultural no direito de família pressupõem o aforamento de todo o modelo hierarquizado e patriarcal das relações humanas (REZENDE, 2020). A constituição foi o grande marco na formação e conquista dos direitos familiares no que tange a integração dos pensamentos de igualdade e afeto, que universalizou e quebrou paradigmas, afastando a concepção familiar individualista, tradicional, conservadora e patriarcal do período histórico do século passado.

Se por um lado, constitucionalmente ninguém seja obrigado a se casar no civil, para que seja obtido o amparo legal de qualquer das partes nas situações adversas é recomendável o casamento formal no registro civil para não passar por problemas de demandas judiciais nos casos de partilha de bens nas ocorrências de falecimento ou separação ou até mesmo na subsistência pessoal de um dos cônjuges ou de filho(s).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, I. G. R. do. **Obstáculos ao casamento no Brasil imperial**. Disponível em: <<https://bit.ly/2SmZjWI>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

ANTONACCI, A. T. **Família**: evolução dos direitos entre homens e mulheres. Disponível em: <<http://b.link/9umzw>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

AQUINO, A. et al. **História das sociedades**: das sociedades modernas as sociedades atuais. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico S/A, 1978.

AZEVEDO, A. V. **Estatuto da família de fato**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BARRETO, L. S. Evolução histórica e legislativa da família. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados** 13: 10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos Vol. I. Disponível em: <<http://b.link/4hfur>>. Acesso em: 15 abr, 2020.

BRASIL. **Constituição política do império do Brasil**: manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Majestade o Imperador. Disponível em: <<https://bit.ly/3vRdnWk>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**: Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: <<http://b.link/7snbj>>. Acesso em 11 abr. 2020.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**: Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<https://bit.ly/3grpGEi>>. Acesso em: 06 mar. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<https://bit.ly/3zvtUIA>>. Acesso em: 06 mar. 2020.

_____. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**: Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: <<http://twixar.me/m3cT>>. Acesso em: 06 mar. 2020.

_____. **Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996**: Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://twixar.me/G3cT>>. Acesso em: 06 mar. 2020.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://twixar.me/F3cT>>. Acesso em: 06 mar. 2020.

_____. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**: regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <<https://bit.ly/3gEtwIR>>. Acesso em: 07 mar. 2020.

_____. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**: Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <<https://bit.ly/3iVLnxQ>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

_____. **Lei de 20 de outubro de 1823**: Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguesas que são especificados. Disponível em: <<https://bit.ly/2U0JUfn>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. **Agência Senado**: Constituições brasileiras. Disponível em: <<https://bit.ly/3xpUj2n>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CASTANHO, M. A. B. A família nas constituições brasileiras. **Argumenta** - UENP Jacarezinho Nº 17 pp. 181 – 204 2012.

COSTA, E. V. da. **Da monarquia à república**: momentos decisivos. 6.ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

COSTA, D. J. da. A família nas constituições. **Revista de informação legislativa**. v. 43, n. 169, p. 13-19, jan./mar. 2006.

DIAS, M. B. **A evolução da família e seus direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DRESCH, M. **A instituição familiar na legislação brasileira**: conceitos e evolução histórica. Disponível em: <<https://bit.ly/3gIhLkT>>. Acesso em: 07 mar. 2020.

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 9. ed. São Paulo: Escala, 1985.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEAL, A.; BORGES, J. P. O código civil de 1916: tão liberal quanto era lhe permitido ser. **Revista Brasileira de História do Direito**. Brasília, v. 3. n. 1, pp. 16-35. jan/jun. 2017.

MADALENO, R. **Direito de família**. 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, A. M.; BASTOS, R. A. S. M. A família de ontem, a família de hoje: considerações sobre o papel da mulher no direito de família brasileiro. **Rev. Jur. Cesumar**. v. 17, n. 1, pp. 235-262, jan./abr. 2017.

OLIVEIRA, J. S de. Aspectos da evolução do conceito de família, sob a perspectiva da sociedade brasileira, nos períodos colonial e imperial, no tocante à ordem social e política. **Rev. Jur. Cesumar**.v.4, n. 1 – 2004.

PRADO, Camila Affonso. **Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores**. 238f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

QUEIROZ, O. P. O. B. **O Direito de Família no Brasil-Império**. Disponível em: <<https://bit.ly/3gUrcgY>>. Acesso em: 7 mar. 2020.

RIZZARDO, A. **Direito de Família**: Lei n.10.406, de 10.01.202. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

REZENDE A. S. F. *et al.*; **A evolução da família**. Disponível em: <<http://b.link/gb6xq>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

SOUZA, E. A.; SAYÃO, T. J. **História do Brasil colonial**. Indaial: UNIASSELVI, 2011.

SOUZA, P. F. P. **A relevância do princípio da afetividade nas relações familiares**. Disponível em: <<http://b.link/gybav>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

TIZIANI, M. G. **Uma breve história do registro civil contemporâneo**. Disponível em: <<https://bit.ly/3xRxbu4>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

XAVIER, F. D. **União estável e casamento**: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade. Brasília: TJDFT, 2015.

ZACARIAS, A. A família do direito e a família no direito: A legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça. **RBCS** V. 25 n. 74, Out/2010.

CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

FLÁVIO ALVES DO NASCIMENTO: Pós graduando em Direito e Processo Administrativo; Especialista em Direito e Processo Civil; Advogado.

RESUMO: É importante observar que todos os atos da administração devem estar pautados no chamado Princípio da Legalidade. Nesse sentido, observa-se que tal princípio possui respaldo legal, de modo que nenhum integrante da administração pode afastar-se de tais regras e princípios, uma vez que, se o contrário ocorrer, caberá intervenção do poder judiciário. Nesse sentido é exigido a preservação do mérito administrativo, uma vez que, em tese, o judiciário não pode analisar o referido mérito, agindo de acordo com a conveniência, justiça e oportunidade. Destarte essa pesquisa busca realizar um estudo do ato administrativo, averiguando a existência da discricionariedade, de forma a entender as questões relacionadas ao controle judiciário nessa seara.

PALAVRAS-CHAVES: Administração. Discricionariedade. Controle Judicial. Constituição Federal.

ABSTRACT: It is important to note that all management acts must be based on the so-called Principle of Legality. In this sense, it is observed that this principle has legal support, so that no member of the administration can depart from such rules and principles, since, if the opposite occurs, intervention by the judiciary power will be required. In this sense, the preservation of administrative merit is required, since the judiciary cannot analyze said merit, acting in accordance with convenience, justice and opportunity. Thus, this research seeks to carry out a study of the administrative act, ascertaining the existence of discretion, in order to understand the issues related to judicial control in this area.

Key-words: administration. Discretionary. judicial control. Federal Constitution.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO. 2 – O ATO ADMINISTRATIVO E SEU MÉRITO. 3 – ASPECTOS SOBRE A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. 4 – A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JUDICIAL. 5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

Diante do atual estudo, faz-se importante mencionar a importância dos atos realizados pela administração pública, no momento em que exerce a atividade

administrativa. Nesse sentido, a completude de tal atividade resulta no ato administrativo, o qual pode ser vinculado, onde todos os seus elementos constitutivos estarão descritos em lei, não havendo margens para subjetivismo ou valoração do administrador, ou ainda conter aspectos envoltos pela discricionariedade, e nesse último, contrário ao ato vinculado, com margem para subjetivismo ou valoração da conveniência ou oportunidade pelo administrador.

Nesse diapasão, o objetivo dessa pesquisa é fazer uma análise recente acerca da atuação do agente público frente ao ato administrativo discricionário, analisando de forma específica as possibilidades de controle desta discricionariedade pelo poder judiciário.

Em verdade, resta de suma importância o respeito às normas legais, encontradas ainda no Princípio da Legalidade, entretanto, a pauta é analisar os abusos cometidos, uma vez que a Administração também deve submissão ao ordenamento jurídico como um todo, incluindo-se aqui os princípios constitucionais da Administração.

A legitimidade do judiciário é respaldada pela Constituição Federal ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Entretanto ressalta-se que o juiz também deve cumprir os limites existentes na lei.

Destarte a pesquisa aqui elucidada se desenrola em etapas, sendo que a primeira buscará trazer as questões conceituais e peculiares do ato administrativo, bem como suas questões de mérito. Em seguida serão observados aspectos pertinentes à discricionariedade administrativa, analisando o seu âmbito geral.

Por fim será importante trazer a relação entre o controle jurisdicional e seu impacto na discricionariedade, de forma a estudar sobre os limites desse controle, além da análise de outras formas de controle, utilizando outros instrumentos existentes no ordenamento jurídico.

2.0 ATO ADMINISTRATIVO E SEU MÉRITO

Sabe-se que, para a existência do ato administrativo é necessária a presença da vontade, a qual é conhecida como sendo o processo interno, comandando todas as decisões de um ser humano²⁷⁹. A vontade da Administração é a única que deve aparecer quando o assunto é o interesse público. Ademais, de acordo com a teoria do órgão, o liame entre a vontade da entidade pública, contrastada com a concretização dos objetivos

²⁷⁹ JUSTEN Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.182-183

estatais, configura a atividade administrativa. Assim, importante analisar informação a respeito do tema:

A formação da vontade administrativa se subordina a uma procedimentalização e a regras formais não existentes no âmbito privado. Trata-se de submeter o exercício do poder estatal a restrições destinadas a impedir atos abusivos – vale dizer, atos que reflitam uma vontade arbitrária, prepotente e reprovável. A expressão “vontade administrativa” indica, então, a vontade que é objetivamente vinculada à satisfação das necessidades coletivas, formada segundo imposições de uma democracia republicana²⁸⁰.

Nesse interregno o conceito sobre Estado torna-se de suma importância, pois se trata de um local onde é encontrada a essência da organização moderna, bem como o funcionamento de todos os serviços que são prestados pela administração pública²⁸¹.

Assim o ato administrativo segue o mesmo percurso, servindo à essência da administração, como averiguado por Cretela Junior²⁸², que destaca *“para atingir os fins a que se propõe e em virtude dos quais existe, o Estado precisa desenvolver atuações, através da edição de atos e concretização de fatos, projetos no mundo administrativo”*.

Há de se observar outro interessante conceito sobre o ato administrativo, descrito abaixo²⁸³:

Ato administrativo é a declaração de vontade, expressa ou tácita, do Estado ou de quem lhe faça às vezes, que tenha por fim imediato, adquirir, transferir, resguardar, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si próprio em fiel observância à lei e sob regime jurídico de direito público, com produção de efeitos jurídicos imediatos, e sempre sob a possibilidade de controle jurisdicional.

A definição de Cretela Junior (1998, p. 16) afirma que a principal diferença entre os atos da administração aos atos administrativos é que *“os atos da administração são todas as atividades, que tem nascimento a partir da administração pública”*.

280 JUSTEN Filho, Marçal. Curso de direito..., op. cit., p. 184.

281 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2013, 39 ed.

282 CRETELLA Junior, José. Controle Jurisdicional do Ato Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1984

283 MORAES, Alexandre de. Direito constitucional administrativo. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. 405 p.

Dessa forma, as questões referentes à imperatividade do ato administrativo, tornam-se diferente dos conceitos voltados para a exigibilidade, pois a primeira diz respeito à obediência que se deve ter à hierarquia administrativa, já o segundo está ligado a uma situação já existente, na qual é imposta algum tipo de obrigação (Mello, 2004). Assim, referente ao mérito do ato administrativo, cabe o conceito de Bandeira de Mello²⁸⁴:

O campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dado a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.

O mérito é caracterizado pela origem ou natureza de alguma decisão advinda de um ato discricionário, entretanto, é importante ressaltar que o mesmo possui uma autorização legal para que exista e atue, sendo sempre alvo de controle e vigilância. São examinadas todas as especificidades da atuação, verificando cada teor do ato e a atuação do agente público, a qual deve ser em acordo com os princípios elencados na Constituição Federal.

Destarte, em breve distinção, quando o ato administrativo é vinculado o administrador não possui qualquer faculdade de praticar ou não o ato, devendo-se destacar ainda que toda a forma de atuação do administrador se encontra descrita em lei, devendo o ato ser praticado.

Por conseguinte, no ato administrativo discricionário, os elementos finalidade, forma e competência são inteiramente vinculados, entretanto, o mérito administrativo (motivo e objeto) deixa margem para a atuação discricionária do administrador, o qual pode, através dos juízos de conveniência e oportunidade determinar ou não a execução do ato, ou ainda os critérios para a execução.

Registre-se que, a seara inerente ao juízo de oportunidade e conveniência não é permitido, em tese, uma avaliação judicial dos critérios de conveniência e oportunidade, uma vez que se trata de uma zona de liberdade, na qual o agente público busca com bom senso, eficiência e ética, atingir o interesse público²⁸⁵.

No mesmo sentido, discorre Seabra Fagundes, o qual afirma que o controle judicial não deve existir, uma vez que o mérito diz respeito, unicamente, à essência meramente

284 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros, 2015, 32 ed.

285 JUSTEN Filho, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.p.746

política, do ato administrativo²⁸⁶. De fato, par ao autor, a gestão política não pode andar de lado com o poder judiciário, quando age em legitimidade, pois a mesma diz respeito ao poder executivo.

Ao saber que mérito está ligado a interesses, o judiciário deve despertar a atenção e não se envolver nessa seara, uma vez que o mesmo deve tratar do campo de direitos, como ainda ponderou Fagundes “o mérito é de atribuição do Poder Executivo, e o Judiciário, nele penetrando, faria obra de administrador, violando, o princípio da separação e independência dos poderes” (p.181). Há de se observar ainda as correntes controversas a tal pensamento, como mencionado abaixo²⁸⁷:

Usar-se o vocábulo mérito como escudo à atuação judicial em casos que, na realidade, envolvem questões de legalidade e moralidade administrativas. É necessário colocar a discricionariedade em seus devidos limites, para impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito.

É importante que o equilíbrio seja estabelecido, lembrando que na seara do Direito Administrativo é necessário que o tema ligado à discricionariedade seja analisado sob diferentes visões, buscando trazer os aspectos constitucionais em que a mesma deve existir, de acordo com os próximos estudos, elencados a seguir.

3.ASPECTOS SOBRE A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Ao ser feita a distinção de mérito e discricionariedade, é importante observar se faz necessária, uma vez que a discricionariedade tem seus limites estabelecidos na legislação, estando o mérito ligado a não obediência das ações administrativas às questões que não possuem cunho político²⁸⁸, como bem pontuou o pesquisador²⁸⁹:

pode-se concluir que o mérito é o campo de liberdade concedida pelo legislador ao administrador para que este atue de acordo com a conveniência e a oportunidade da Administração Pública, visando sempre a atender a uma finalidade coletiva. Já a discricionariedade é

²⁸⁶ Fagundes, Miguel Seabra. Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário p. 121-127

²⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991, p. 91

²⁸⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito..., op. cit., p. 198-19

²⁸⁹ Rocha, Tatiane Emanuelle dos Reis. ATO ADMINISTRATIVO, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JURISDICIONAL. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p.24

o meio através do qual essa função poderá ser exercida, ou seja, a discricionariedade é uma técnica jurídica que permitirá que o agente público atue utilizando-se dos critérios de conveniência e oportunidade, produzindo o mérito do ato administrativo. Em suma, a discricionariedade é o meio; o mérito, o resultado.

Por esse motivo os órgãos administrativos, inseridos no Estado de Direito devem estar atentos ao princípio da legalidade, lembrando sempre da linha de pensamento de Montesquieu e Rousseau, sendo que esse último acredita que a igualdade deve estar presente em todos os atos que envolvem a soberania popular²⁹⁰.

Por outro lado, para Montesquieu aquele que possui o poder de forma absoluta tende a dele abusar sendo que o abuso tirânico somente é evitado com a limitação de determinados poderes, para que reine a ordem, justiça e paz social, sendo que em seu conceito sobre separação dos poderes aduz que “é necessário que aquele que faz as leis nem julgue nem execute, que aquele que executa nem julgue e nem faça as leis, e que aquele que julga nem faça as leis nem as execute”. Dessa forma, o filósofo já tratava das primeiras formas de imparcialidade no direito administrativo.

Ademais os aspectos referentes à legalidade, estão estritamente relacionados à discricionariedade, como se verifica na menção feita por Celso Antônio Bandeira de Melo²⁹¹:

Discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

290 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade..., op. cit., p. 11-12.

291 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e..., op. cit., p. 48

Outros autores corroboram para o entendimento de Mello, como verificado em Justen Filho, afirmando sobre a questão tal como “se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto”²⁹².

De fato, a competência advinda da administração, possui o poder de buscar soluções que justifiquem de forma coesa as questões concernentes à oportunidade ou conveniência, fazendo com que os direitos fundamentais sejam respeitados²⁹³. Além de todos esses fatores a importância da discricionariedade diz respeito às regras jurídicas, somadas aos aspectos práticos, conforme destaca Di Pietro²⁹⁴:

funda-se na teoria da formação do Direito por degraus, ou seja, o Direito é expressado através de vários degraus e, a cada ato, soma-se um elemento novo não previsto no anterior. E esse acréscimo se dá por meio da discricionariedade. Já no critério prático, a discricionariedade é justificada levando em conta a impossibilidade de o legislador prever todas as situações possíveis que o agente poderá enfrentar na prática.

Sobre a discricionariedade constata-se que a própria lei concede ao administrador, o poder-dever de tomar a melhor decisão, analisando os aspectos de conveniência e oportunidade, os quais foram mencionados acima. É importante ainda estabelecer a diferença de discricionariedade com arbitrariedade, uma vez que nesta última o agente escolhe sua atitude independente das consequências, podendo agir como quiser e no momento em que desejar sendo típico das monarquias absolutistas antigas, nas quais se predominava o entendimento de que o rei não erra.

Por outro lado, o termo ligado à discricionariedade estabelece limites ao agente público, o qual deve seguir as normas jurídicas, previamente estabelecidas²⁹⁵. Pode ocorrer, quando necessário, interferência na liberdade direcionada ao administrador, conforme afirmação estabelecida por Moreira Neto:²⁹⁶

²⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito..., op. cit., p. 154.

²⁹³ FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 22.

²⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo..., op. cit., p. 197-198

²⁹⁵ CRETELLA Junior, José. Controle Jurisdicional do Ato Administrativo. Rio de Janeiro:Forense,1984

²⁹⁶ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense,8 ed,1989

Discricionariedade é uma técnica jurídica desenvolvida para permitir que a ação administrativa precise de um conteúdo de oportunidade e de conveniência, que se produza o mérito suficiente e adequado para que satisfaça um interesse específico, estabelecido como sua finalidade na norma legal

Destarte é escolhido um comportamento coerente, aplicável a determinado caso prático, a fim de que seja alcançada a melhor solução, alcançando o objetivo final. Ademais, a natureza da discricionariedade é usualmente discutida entre os estudiosos, sendo que para alguns a mesma diz respeito à uma forma de poder, enquanto outros a consideram um dever, ou ainda uma competência, surgindo doutrinadores que também afirmam que se trata de um poder-dever.

Nessa linha de raciocínio, destaca-se Moreira Neto²⁹⁷ afirma que a discricionariedade é uma competência instituída para completar a vontade legislativa. Ainda sobre a corrente que acredita que a discricionariedade está ligada ao dever, destaca-se a informação de Mello, a saber²⁹⁸:

Em face da finalidade, a Administração Pública, situa-se na chamada sujeição desse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio de atingir essa finalidade, para obter-se o cumprimento desse dever, senão irrogar certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever

De fato, a vinculação e a discricionariedade, demonstram a forma de agir da administração pública. São temas mencionados durante grande parte do percurso histórico em vários lugares. Apesar de tão difundida e analisada, a questão atual conscientiza a sociedade acerca do motivo pelo qual a discricionariedade passou a ser alvo de controle judicial. Nesse ínterim, constata-se várias causas desse interesse, a saber:²⁹⁹

A disseminação da discricionariedade como técnica legislativa geradora, por um lado, de uma sobrecarga da Administração em relação à capacidade de executar todas as funções a ela cometidas e, por outro, de um avanço do exercício arbitrário da função

297 idem

298 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e..., op. cit., p. 48

299 CASSESE, Sabino. Le basi del diritto amministrativo. 5.ed. Milano: Garzanti, 1998.

administrativa, a conseqüente reação da sociedade e do mercado contra esse estado de coisas, que acaba por sobrecarregar também o sistema de controle jurisdicional da Administração, cada vez mais instado a reapreciar as decisões discricionárias das autoridades administrativas, tudo isso, ademais, permeado pelo stress da separação de poderes, que tensionado pelo princípio da força e da efetividade da Constituição, passa a contribuir, muitas vezes, para a geração de conflitos explícitos entre os próprios poderes tripartidos.

Como visto, a liberdade de atuação, com o estabelecimento de limites faz parte da discricionariedade. Há ainda que se falar na concepção de vinculação, sendo importante anotar as observações ilustradas a seguir³⁰⁰:

A discricionariedade considerada como âmbito da liberdade de atuação do administrador público, conforme as duas grandes concepções apresentadas, ora como total imunidade, ora como liberdade residual, quase podendo ser inexistente. E a vinculação como o estrito dever de proceder às explícitas escolhas que a lei indica e, quando esta assim não o faz, interpretar e aplicar as normas de modo a se obter concretamente a objetividade decisória que a lei indica e permite.

Acredita-se que, ainda que exista certo grau de liberdade, nos atos vinculados, a chamada liberdade residual mostra que, ainda que o agente esteja efetivamente vinculado, restar-lhe-á disponível uma brecha de liberdade³⁰¹, devendo aqui serem lembradas as normas referentes ao princípio da legalidade, fazendo com que a fim de garantir a soberania plena em todas as formas de liberdade, fossem organizados três diferentes modalidades de poder, dando a cada um a correspondente competência.³⁰²

De igual sorte, ainda que esteja o agente amparado pela discricionariedade administrativa, haverá um limite instraspônel capaz de vincular, ainda que minimamente, o atuar do administrador, situações estas nas quais em grandes ocasiões o poder judiciário acaba por adentrar à esfera discricionária com fundamentos em princípios constitucionais

³⁰⁰ CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. 5.ed. Milano: Garzanti, 1998.

³⁰¹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 212

³⁰² BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 10ª ed. Padova: Cedam, 2005, p. 273

administrativos a exemplo dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade quando da aplicação de penalidades, ou mesmo em situações de execuções de políticas públicas.

Cabe registrar também que, na atual sociedade da informação e dos avanços dos meios de telecomunicação e ainda, nas possibilidades de manifestação oculta possibilitada pela internet, além da análise formal de atos administrativos feitas pelo judiciário, é crescente a manifestação social através das mídias digitais para expressar demandas e frustrações, situações que por vez acabam também sendo formadoras do atuar do administrador.

A título exemplificativo, cita-se o movimento legislativo ocorrido para fins de constitucionalização da vaquejada e rodeios que, após movimentação social sobretudo por meio das mídias digitais, houve o atuar legislativo no sentido de superar a declaração de inconstitucionalidade realizada pela Suprema Corte, que na ADI 4983 declarou inconstitucional a prática da vaquejada e rodeios por gerar maus tratos aos animais, autar legislativo que na mídia ficou conhecido como “Emenda da Vaquejada”.

Nisso, muito se fala na chamada sociedade indócil de Blondiaux, o qual afirma que em decorrência de certos descontentamentos, a sociedade se utiliza das mídias digitais para expressarem suas demandas e frustrações, situação esta que, indo por vezes além da atuação judicial acaba por influir como controle social do ato administrativo discricionário. Destarte os problemas sociais, os quais não são atendidos, faz com que pessoas se estruturam em organização, a fim de pressionar os órgãos estatais, chegando até mesmo ao ponto de judicialização de políticas públicas, as quais em tese estariam no campo da discricionariedade administrativa.

4 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JUDICIAL

Sabe-se que, grande parte das questões arbitrárias direcionadas ao poder administrativo, estão ligados indiretamente a problemas sociais, fazendo com que os problemas gerados através das inquietações sociais, resultem em atos arbitrários advindos do poder judiciário.

Além desses fatos, sabe-se que a própria legislação confere situações específicas em que o administrador tem livre poder de decisão, denominado discricionariedade administrativa. A partir do momento em que a administração pública passou a ser fiscalizada por princípios constitucionais, dentre eles, o da legalidade, somado à

necessidade de jurisdicionar a administração, passaram a ocorrer maiores limitações ao administrador³⁰³.

A lógica na diminuição da discricionariedade concentra-se na fundamentação da primazia das normas constitucionais, as quais têm o objetivo de proteger a dignidade da pessoa humana. A análise jurisdicional acaba por gerar imposição de limites à discricionariedade administrativa não antes cogitadas, sendo relevante destacar que até mesmo políticas públicas acabam por passar indiscriminadamente por análise judicial com base unicamente na aplicação de princípio, sendo válida a afirmação observada por Cardozo³⁰⁴:

Se fosse a discricionariedade o exercício de uma liberdade administrativa outorgada sem limites, uma vez deferida pela ordem jurídica ao administrador, descabido seria imaginar-se que os atos administrativos praticados no exercício desse poder pudessem ser submetidos a qualquer forma de controle judicial [...] Tudo o que foi dito até agora, porém, nos revela uma compreensão da realidade rigorosamente oposta. Vimos que a discricionariedade administrativa é sempre o exercício de um poder de liberdade firmado dentro dos limites traçados pela ordem jurídica. E, se limites existem para o exercício de uma competência dessa natureza, é de todo o possível que o administrador possa vir a desrespeitá-los produzindo atos administrativos ilegais ou inválidos. Onde se justifica, sem a necessidade de maiores considerações, a possibilidade de revisão jurisdicional dos atos administrativos.

As controvérsias sobre o tema devem ser sempre mencionadas, sendo que sobre o assunto, Odete Medauar³⁰⁵, afirma a importância de duas linhas de raciocínio, mostrando que existem estudos afirmando que o direcionamento e intervenção do judiciário no âmbito administrativo devem sempre ser restritos, uma vez que é importante o respeito ao

303 O Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa no Estado Democrático de Direito. Fernanda Caroline Pelisser. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 73, p. 7-19, set./dez. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_pro_dutos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.73.01.pdf. Acesso em 27 de novembro de 2020.

304 CARDOSO, Henrique Ribeiro. Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.48

305 MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

princípio da separação de poderes, além do que os membros do judiciário não possuem mandato eletivo para tal atitude.

Por outro lado, os que são a favor de um amplo alcance do judiciário nas atividades administrativas, afirmam que até mesmo no tocante à separação de poderes deve-se preceder aos limites impostos pelo chamado sistema de freios e contrapesos, através do qual é possível e válido que os atos administrativos sejam reavaliados pelo Poder Judiciário, fazendo ocorrer o disposto por Meirelles³⁰⁶:

A conformação do ato não ocorrerá só com a lei, mas também com os princípios básicos da Administração, em especial os do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade, indissociáveis de toda a atividade pública (MEIRELLES, 2012, p. 803)

Observa-se que a teoria do desvio do poder é usada para demonstrar a importância do controle de discricionariedade. Nesse sentido a autoridade administrativa é barrada em seus atos, a partir do momento em que o administrador atua buscando realizar atividades estranhas à sua competência ou ainda buscando outros fins, diferentes dos observados na lei, usando erroneamente o papel ou atribuição que lhe foi confiado.

O ato torna-se nulo devido à concreta incompatibilidade entre a ação do agente administrativo e a conduta descrita na norma, sobre o assunto destaca Cretella³⁰⁷:

A nulidade do ato administrativo, quando se verifica o desvio de poder, é consequência do conflito irracionável entre a conduta do agente a essência da norma legal. Não porque seja imoral ou inconveniente deixar a manifestação da autoridade de revestir-se de eficácia jurídica, mas porque infringe a lei, na letra ou no espírito (IDEM, p. 53).

Nesse sentido, ressalta-se o princípio da razoabilidade juntamente com a legalidade, mostrando-se fundamentais, fazendo com que a administração obedeça a verdadeiros critérios racionais nos seus atos cotidianos. As normas e princípios constitucionais, não

306 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2013, 39 ed

307 CRETELLA Junior, José. Controle Jurisdicional do Ato Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1984

podem aceitar ações desequilibradas e impensadas de seus administradores, conforme verificou Mello³⁰⁸:

A Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidirem a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência.

Para o jurista, bem como outros que acreditam na mesma linha de raciocínio, ao ser concedido a discricionariedade para a administração pública, o objetivo é fazer com que o administrador seja criativo, a fim de encontrar soluções corretas diante de cada caso que surgir em sua competência.

Destarte o poder administrativo, na pessoa de seus administradores não poderá usar as convicções pessoais para agir, conforme afirmação de Gasparinni³⁰⁹:

A lei, ao conceder ao agente público o exercício da discricionariedade, não lhe reservou, em absoluto, qualquer poder para agir a seu gosto, ao contrário, impôs-lhe o encargo de agir tomando a melhor providência à satisfação do interesse público a ser conseguido naquele momento. A lei, portanto, não lhe permite, sob pena de ilegalidade, qualquer conduta não desejada pela lei, que somente aceita as coerentes. Em suma: nada que esteja fora do razoável, do sensato, do normal, é permitido ao agente público, mesmo quando atua no exercício de competência discricionária. Esse o princípio da razoabilidade

Verifica-se que o equilíbrio e o bom senso, juntamente com as normas constitucionais, devem ser a essência dos atos administrativos. O mesmo se dá em relação

308 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e..., op. cit., p. 48

309 GASPARINI, Diógenes. São Paulo, Saraiva, 2012

à intervenção do poder judiciário nos atos administrativos, os quais devem ser pautados em legitimidade e moralidade, sem as quais não existe Estado de Direito.

Sobe os elementos vinculados do ato administrativo, nenhuma discussão há sobre a possibilidade do controle de legalidade, todavia, ao se debater sobre o ato discricionário quanto a possibilidade do judiciário se imiscuir no mérito discussões surgem, já que não raras as vezes a análise judicial transcende a análise de teratologia e absurdos cometidos pelo poder público.

Calha destacar que, o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre a matéria, reconhecendo a possibilidade o Poder Judiciário avaliar o controle do mérito administrativo mesmo em se tratando de ato administrativo discricionário, arguindo como ponto princípio o dever de respeito, pela Administração Pública, aos princípios constitucionais sobretudo os princípios da razoabilidade, a respeito:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
3. **O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.**
4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.
5. Recurso especial provido.310.

310 STJ – Resp 429570 GO 2002/0046110-8, Relator Ministra ELIANA CALMON, Data de julgamento: 11/11/2003, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação DJ 22/03/2004 p. 277.

EMENTA: ATO ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei.
2. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
3. O Ministério Público não logrou demonstrar os meios para a realização de fazer pleiteada.
4. Recurso especial improvido.311

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também admite o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário quando houver vício de ilegalidade ou abusividade, neste sentido:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. ILEGALIDADE. ABUSO DE PODER. POSSIBILIDADE. REAPRECIAÇÃO DOS FATOS E DO MATERIAL PROBATÓRIO CONSTANTES DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. DESCABIMENTO. RECURSO MANIFESTAMENTE. IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. O Supremo Tribunal Federal admite o controle, pelo Poder Judiciário, de ato administrativo quando eivado de ilegalidade ou abusividade. Precedentes.
2. Para dissentir da conclusão adotada pelo Tribunal de origem, seria imprescindível o reexame dos fatos e do material probatório contantes dos autos (Súmula 279/STF), o que torna inviável o processamento do recurso extraordinário.

311 STJ - REsp: 510259 SP 2003/ 0017033-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 24/08/2005, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação DJ 19/09/2005 p. 252.

3. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

4. Agravo interno a que se nega provimento.³¹²

No mesmo sentido:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Tribunal de Contas da União. Controle judicial da legalidade dos atos. Possibilidade. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes.

1. O controle, pelo Poder Judiciário, de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade não viola o princípio da separação dos poderes.

2. Não se presta o recurso extraordinário para o reexame de provas ou documentos constantes dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.

3. Agravo regimental não provido.”

5. Ademais, para dissentir da conclusão adotada pelo Tribunal de origem, no tocante à ausência de prévio processo administrativo no âmbito do Tribunal de Contas estadual, bem como da falta de comprovação da responsabilidade do administrador público, ora agravado, seria necessário o reexame de fatos e provas dos autos (Súmula 279/STF), o que torna inviável o processamento do recurso extraordinário. Precedente: ARE 930.592, Rel. Min. Luiz Fux.

6. Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.³¹³

Como se pode notar, em que pese a Suprema Corte destacar a possibilidade do controle do ato discricionário administrativo, há a limitação de questões em que se permite

312 STF – AgR RE: 663078 RS – Rio Grande do Sul, Relator Min. ROBERTO BARROSO, data de julgamento 31/03/2017, Primeira Turma).

313 STF – RE: 721980 PR – PARANÁ, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento 07/10/2015, Data de Publicação: DJe – 221 06/11/2015.

a análise, fundando-se basicamente em atos eivados de ilegalidade, defeito de forma, abuso de autoridade, violação da razoabilidade ou proporcionalidade, ou ainda teratologia.

Destarte, o mérito administrativo, no atual entendimento das Cortes Superiores, é controlável pelo Poder Judiciário, entretanto se infere que não é permitido a análise do conteúdo em si, ou seja, o julgador poderá apreciar o ato administrativo praticado, todavia tendo como parâmetro a violação a princípios constitucionais, abuso de poder ou desvio de finalidade, ou ainda violação aos princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e proporcionalidade.

Mas notem, o poder de controle do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário, apenas permite a anulação do ato administrativo discricionário, restando vedado ao julgador a reforma em si do ato ou a criação de outro, a exemplo, em casos de aplicação de penalidade administrativa a servidor público apenas resta possível a anulação do ato em si caso tenha violado os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo vedado ao judiciário a aplicação de penalidade diversa ou atenuação da pena.

Vale ressaltar ainda que, outra situação frequente de análise da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário diz respeito ao controle de políticas públicas quando violadoras do mínimo existencial.

Destarte, via de regra, as políticas públicas são adotadas pelo gestor público, sendo que muitas delas são definidas ainda em época de campanha eleitoral, sendo que, ao assumir determinado mandato o gestor define quais as políticas públicas terão prioridade em sua gestão.

Entretanto, mesmo em havendo escassez de recursos públicos, resta vedado ao Estado se escusar do dever de observar o respeito a direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, mormente aqueles que visam a garantir o mínimo existencial e ainda a dignidade da pessoa humana.

Sobre o assunto, diariamente são propostas inúmeras ações que visam a obtenção de medicamentos ou tratamentos médicos não disponíveis na rede pública.

Nestes casos, majoritariamente a administração pública se utiliza, como argumento de defesa, eventual violação a reserva do possível como pano de fundo para suposta impossibilidade de plena satisfação de direitos fundamentais, sobretudo aqueles que exigem uma característica prestacional do Estado.

Deveras, tendo em vista que, apesar da altíssima carga tributária, o mau uso do dinheiro público e os desvairados casos de desvios de verbas, acabam por limitar a atuação Estatal em razão de escassez de verbas, o que inviabilizaria o atendimento a todos os anseios sociais.

Todavia, a teoria da reserva do possível é majoritariamente interpretada a luz dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, visando-se sobre tudo o mínimo para sobrevivência digna da pessoa humana.

Nestes casos, muito embora a teoria da reserva do possível sirva de base para a defesa do ato discricionário relativo às políticas públicas, a exigência da garantia do mínimo existencial, permite ao Poder Judiciário atuar no sentido de impor ao poder público uma obrigação prestacional, eis que o mínimo existencial e a garantida da dignidade da pessoa humana se tratam de obrigações constitucionais vinculantes e intransponíveis à vontade do gestor.

Sobre assunto, pode-se mencionar inúmeros casos já julgados pelas Cortes Superiores, as quais situam-se desde os mais simples (garantia de vagas em creches RE 436.966) a situações complexas que ultrapassam inclusive o âmbito de preocupação da soberania nacional, a exemplo do emblemático caso da declaração do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ADPF 347).

Em arguição de descumprimento de preceito fundamental, julgado pela Suprema Corte no ano de 2015, reconheceu-se um estado flagrante de Coisa Inconstitucional no que diz respeito à violação frequente de direitos fundamentais junto ao sistema penitenciário brasileiro.

O sistema penitenciário brasileiro atualmente se trata de um dos sistemas que mais violam a dignidade da pessoa humana no Brasil. As políticas públicas, adotadas pelos governos, em sua grande maioria evita discussões acerca de investimentos em presídios, sendo que, os valores a eles destinados anualmente sempre limitam-se ao mínimo.

Nessa situação, o baixo investimento social acabar por transformar os presídios brasileiros naquilo que alguns autores tendem a atribuir a alcunha de “escolas do crime”. Nas referidas instituições há uma violação generalizada dos direitos fundamentais dos presos oriundos da inércia do Poder Público.

Diante de tal situação, o Supremo Tribunal Federal, com base em julgado proferido pela Corte Constitucional da Colômbia reconheceu o estado de coisas inconstitucional determinando ao poder público a adoção de medidas urgentes com vistas a adoção de providências estruturais destinadas a sanar as lesões aos direitos fundamentais dos presos, sobre o assunto:

O Plenário concluiu o julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que discutida a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro. Nessa mesma ação

também se debate a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. No caso, alegava-se estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, "estado de coisas inconstitucional", diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. Postulava-se o deferimento de liminar para que fosse determinado aos juízes e tribunais: a) que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado: g) ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas "e" e "f"; e h) à União que liberasse as verbas do Fundo

Penitenciário Nacional - Funpen, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos - v. Informativos 796 e 797. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9/9/15.314

Desta forma, o ato administrativo discricionário, que em tese não poderia sofrer um controle judicial além do concernente a legalidade, reconhecidamente pelas Cortes Superiores, pode ser objeto de controle jurisdicional quando eivados de ilegalidade, defeito de forma, abuso de autoridade, violação da razoabilidade ou proporcionalidade, ou ainda teratologia.

Por fim, sob a ótica da análise meritória dos atos administrativos discricionários relativos ao controle das políticas públicas, é possível a atuação judicial quando, houver previsão legal do direito vindicado, amparo constitucional, e ainda em situações que visem o respeito à dignidade da pessoa humana e a garantia do mínimo existencial, hipóteses nas quais o princípio da reserva do possível não pode sufragar os direitos sociais, mesmo nas hipóteses de escassez de recursos públicos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as informações acima apresentadas, constata-se que a superioridade da administração em relação aos administrados, não é corolário para que a mesma abuse da discricionariedade. Dessa forma, a liberdade não deve ser usada para a prática de ações desproporcionais e desarrazoadas.

Diante desse aspecto a correta intervenção judicial é devida, a fim de que reequilibre as funções administrativas, as quais devem funcionar, de acordo com o ordenamento jurídico.

Ademais, é necessário a obtenção de uma visão panorâmica e equilibrada sobre o tema. Registre-se ainda a importante função estatal, no quesito cuidado e manutenção do interesse público. O poder administrativo sempre deve estar voltado para o aspecto coletivo e jamais pessoal. Nesse sentido, justificam-se as leis e as normas, as quais objetivam uma correta gestão pública.

Ao ser realizado o controle judicial de cada ato, o mérito do administrador não será substituído, ocorrendo uma conformidade com as medidas judiciais tomadas. Uma ação está unida à outra, de modo que o controle judicial se torna uma regular competência constitucional. Portanto, a discricionariedade administrativa torna-se

314 ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

relativa, uma vez que deve ser corroborada pelo direito, bem como as normas vigentes na sociedade, sendo esse, um verdadeiro desafio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Malheiros, 2015, 32 ed.

BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. **Istituzioni di Diritto Pubblico**. 10^a ed. Padova: Cedam, 2005, p. 273.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. 5.ed. Milano: Garzanti, 1998.

CRETELLA Junior, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro:Forense,1984.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 91.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **Conceito de mérito...**, op. cit., p. 198-19.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário** p. 121-127.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3^a ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 212.

GASPARINI, Diógenes. São Paulo, Saraiva, 2012.

JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.746.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*, 2^a edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 6^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013, 39 ed.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. 405 p.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 8 ed, 1989.

O Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa no Estado Democrático de Direito. Fernanda Caroline Pelisser. Revista CEJ, Brasília, Ano XXI, n. 73, p. 7-19, set./dez. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.73.01.pdf. Acesso em 27 de novembro de 2020.

Rocha, Tatiane Emanuelle dos Reis. ATO ADMINISTRATIVO, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JURISDICIONAL. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p.24

STJ - REsp: 510259 SP 2003/ 0017033-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 24/08/2005, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação DJ 19/09/2005 p. 252.

STF – AgR RE: 663078 RS – Rio Grande do Sul, Relator Min. ROBERTO BARROSO, data de julgamento 31/03/2017, Primeira Turma).

STF – RE: 721980 PR – PARANÁ, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento 07/10/2015, Data de Publicação: DJe – 221 06/11/2015.

STF – ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

ANÁLISE DO ARTIGO 187 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

FELIPE BOCK: Assessor de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.³¹⁵

SUMÁRIO: Introdução. 1. O artigo 187 do Código Civil: a consagração da teoria objetiva do abuso do direito. 1.1 O âmbito de aplicação do artigo 187: cláusula geral. 2. Requisitos para a configuração do abuso do direito. 2.1 Existência de um direito. 2.2 Excesso manifesto no exercício do direito. 2.3 Violação dos limites objetivos. 2.3.1 Fim econômico ou social do próprio direito. 2.3.2 A boa-fé. 2.3.3 Os bons costumes. 3. Consequências da violação da norma do artigo 187 do Código Civil. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

Dentre as inovações do Código Civil de 2002, pode-se destacar o artigo 187, cuja redação é a seguinte: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Trata o referido artigo da figura do abuso do direito, agora expressamente consagrado pelo legislador brasileiro.

No Código Civil de 1916 não havia disposição normativa semelhante. Todavia, apesar da omissão na legislação civil, a doutrina brasileira, por meio de uma interpretação a contrario sensu, passou a vislumbrá-lo no artigo 160, I, segunda parte, que dispunha: “não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular do direito”. Tratava-se de uma interpretação lógica, uma vez que se restava estabelecido que não constitui ato ilícito o exercício regular de um direito reconhecido, por outro lado, reconhecia-se como ato ilícito o seu exercício irregular.

No entanto, apesar da unanimidade reinante na doutrina acerca da interpretação a contraria sensu do artigo 160, I, segunda parte, do Código Civil, os doutrinadores digladiavam-se acerca da teoria supostamente acolhida, ou seja, se se tratava da teoria subjetiva ou objetiva do abuso do direito, bem como dos seus pressupostos.

³¹⁵Assessor de desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Apesar dos esforços da doutrina brasileira, bem como das contribuições da doutrina e da jurisprudência estrangeiras, o tema não desfrutou da atenção e importância que merecia.

O atual Código Civil, como referido, diferentemente do anterior, inspirado no Código Civil português, prevê expressamente a figura do abuso do direito, artigo 187.

Pretende-se, nesse sentido, analisar o referido artigo, de forma a externar as principais questões por ele suscitadas, bem como apresentar as posições doutrinárias e jurisprudenciais brasileiras existentes, de modo a facilitar a absorção da matéria e a formação de opiniões.

1. O artigo 187 do Código Civil: a consagração da teoria objetiva do abuso do direito

Ao contrário do que poucos autores brasileiros vêm defendendo³¹⁶, a doutrina majoritária entende que a norma contida no artigo 187 do Código Civil consagrou a concepção objetiva do abuso do direito. Trata-se da consagração legislativa da teoria objetiva da ilicitude, que, diferentemente da teoria subjetiva, não leva em consideração o espírito e sequer a consciência do agente que praticou a antijuridicidade do ato.

Portanto, para caracterizar o abuso de direito, não é necessário a comprovação da intenção e sequer da consciência do agente de que está ultrapassando os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Não há que se cogitar, nesta sede de ato ilícito, quer em dolo, quer em culpa *strictu sensu* em qualquer das suas modalidades [negligência, imprudência e imperícia].

Apenas para caracterizar o suporte fático descrito no artigo 187 (e, portanto, o abuso qualificado como ato ilícito), que o titular de um direito, ao exercê-lo, exceda

³¹⁶Humberto Theodoro Júnior, ao comentar a norma contida no artigo 187, aponta, como requisitos para a caracterização do abuso do direito os seguintes: "conduta humana; existência de um direito subjetivo; exercício desse direito de forma emulativa (ou, pelo menos, culposa); dano para outrem; ofensa aos bons costumes e à boa-fé; ou prática em desacordo com o fim social ou econômico do direito subjetivo". Mais adiante, o professor dedica tópico exclusivamente à análise do "elemento subjetivo", no qual menciona que "de tal sorte, o abuso de direito, previsto no art. 187 do novo Código, corresponde a ato culposos, porque é com base na conduta culposa *lato sensu* que legalmente se define a ato ilícito, a cujo gênero se filiou o exercício abusivo de direito. Mas, não há necessidade de submetê-lo ao rigor de somente acontecer com o concurso do dolo do agente. A culpa, em qualquer dos seus graus, presta-se a configurar a ato ilícito e, por isso, servirá também para a configuração do abuso do direito. Repita-se: muito difícil será a ocorrência de caso concreto em que o abuso de direito não esteja vinculado à intenção de lesar (dolo). Não se deve, no entanto, inflexivelmente, negar a possibilidade técnica de que tal possa acontecer. Enfim, diante do sistema claramente adotado pelo Código, não se vê razão para dispensar ao abuso de direito regime diverso do aplicado ao ato ilícito (art. 186)." JÚNIOR, Humberto Theodoro. Comentários ao novo Código Civil: Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II, pp. 120; 127-128.

manifestamente os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A análise do exercício do direito será levada a efeito de forma objetiva. Com outras palavras, ainda que o titular sequer tenha consciência de que está excedendo os limites de que trata o artigo 187, o abuso estará caracterizado.

Aliás, esse foi o entendimento consagrado pelas Jornadas de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ocorrida entre os dias 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior, do Superior Tribunal de Justiça, que tendo reunido estudiosos civilistas de todo o país para o exame do novo Código Civil, fez aprovar dentre os enunciados para interpretação e aplicação da nova lei, o enunciado de nº 37, com a seguinte redação: "Art. 187. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico". Com outras palavras, reconhece-se o abuso como fundamento de responsabilidade objetiva, e de modo reflexo, a possibilidade de ilicitude objetiva, sem culpa.

Portanto, para se que configure o abuso do direito, no sistema jurídico brasileiro, basta que o titular do direito, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social pela boa-fé ou pelos bons costumes.

2.1 Âmbito de aplicação do artigo 187: cláusula geral

O artigo 187, do Código Civil, localizado dentro do Livro III [Dos fatos jurídicos], Título III [Dos atos ilícitos], da Parte Geral do Código Civil, consubstancia verdadeira cláusula geral³¹⁷, sendo aplicado, não somente aos direitos subjetivos propriamente ditos,

³¹⁷As cláusulas gerais, por seu turno, pode ser conceituada, segundo as palavras de Gustavo Tepedino, como "Normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas" (TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *In*: ____ (org.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XIX). Ainda, acerca da conceituação das cláusulas gerais, vale a transcrição da lição de de Judith Hofmeister Martins-Costa: "As cláusulas gerais, mais do que um "caso" da teoria do direito - pois revolucionam a tradicional teoria das fontes (11) - constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo" (COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 01 dez. 2009.). Com efeito, ainda na esteira do magistério de Judith Martins-Costa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa

que utiliza, no seu enunciado, de forma proposital, uma linguagem de tessitura "aberta", "fluida" ou "vaga". Esta disposição é dirigida ao juiz que diante do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, que poderá fazer uso de elementos que estejam fora do sistema, o que evidencia a importância da fundamentação das decisões.

Todavia, não podemos deixar de consignar que há muitas críticas à adoção das cláusulas gerais pelo Código Civil de 2002. A principal delas diz respeito à falta de segurança que tal sistema poderá acarretar ao nosso ordenamento jurídico. Isso porque, ao conceder ao juiz o poder de criar a norma para um dado caso concreto, o aplicador da lei poderá fazer prevalecer seus valores pessoais sobre aqueles que a ordem jurídica adotou como parâmetros para aquele tipo de situação.

mas também aos direitos-deveres³¹⁸ (poderes-deveres), aos ônus jurídicos³¹⁹, aos direitos potestativos³²⁰, às exceções³²¹, ou seja, incide em qualquer situação jurídica ativa, ou permissão genérica de atuação³²².

³¹⁸Trata-se de direitos que são conferidos pelo ordenamento jurídico não somente no interesse do respectivo titular, mas também em razão dos interesses de terceiros. Além de poderem ser exercidos pelo respectivo titular, eles devem ser exercidos pelo respectivo titular, o exercício só é legítimo se atender ao fim para o qual foi conferido. São direitos que possuem, mais ainda que os outros, um fim social nitidamente identificável e ao qual o titular encontra-se rigidamente adstrito. Exemplos: deveres entre os cônjuges, o poder familiar, a tutela, a curatela. Sobre o assunto: ANTUNES VARELA, J. M. *Das obrigações em geral*. 9.ed. Coimbra: Almedina, 1998, t. II, pp. 61-62. No que diz respeito à aplicação do abuso do direito ao poder familiar, ainda quando vigente o Código de 1916, ver RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil aplicado*. São Paulo: Saraiva, 1981.

³¹⁹Consiste justamente na necessidade da prática de um ato para obtenção de uma vantagem ou para evitar a consumação de uma desvantagem. Não se deve confundir com o dever jurídico, pois não há a necessidade de o agente adotar certa providência. Trata-se, a bem da verdade, de uma faculdade que, se não exercida, ou se exercida de forma deficiente, ocasionará para o sujeito uma desvantagem ou a perda de uma vantagem a que fazia ou faria *jus*. Essa figura jurídica é bastante utilizada pelo direito processual. Ao prever que o “réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição dirigida ao juiz da causa, contestação exceção ou reconvenção” [artigo 297, do Código de Processo Civil], quer o legislador dizer que, em que pese o réu não estar adstritamente obrigado a adotar uma das defesas mencionadas no artigo, convém que ele o adote sob pena de reputarem-se “verdadeiros os fatos afirmados pelo autor” [artigo 319, do Código de Processo Civil]. Sobre o tema, verificar MOREIRA, J. C. Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8.ed. São Paulo: Forense, 2000, v.5, p. 235; e ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 04.

³²⁰Direito potestativo é aquele que confere ao titular o direito de interferir na esfera jurídica de outrem, sem que este último possa evitar ou se opor. O sujeito passivo, ao contrário dos que ocupam esta posição em relação aos direitos subjetivos, encontra-se no denominado estado de sujeição, isto é, encontra-se numa situação inelutável de sofrer interferência na esfera jurídica própria, sem que contra isso possa se opor ou apresentar qualquer resistência. Verificar, nesse sentido, ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 50.

A grande maioria dos doutrinadores entende serem os direitos potestativos passíveis de serem controlados por meio da teoria do abuso do direito, podendo citar, por todos, SOUZA, Rabindranath Capelo de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, vol.1, p. 204. No entanto, não se pode deixar de consignar que há autores que afirmam estarem os direitos potestativos imunes ao controle exercido pela teoria do abuso do direito.

³²¹Considera-se exceção “a situação jurídica pela qual a pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efetivação da pretensão correspondente” (MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de direito civil português: parte geral*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2000, t. I, p. 182.), ou, ainda, “o direito que assiste a uma pessoa de impedir o exercício contra si, do direito de outrem, arma defensiva contra o ataque do titular do direito, como diz Lehmann” (GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 144). No âmbito dos contratos sinalagmáticos, vigoram duas exceções que podem ser utilizadas por qualquer dos contratantes: a) *exceptio non adimpleti contractus* e a b) *exceptio non rite adimpleti contractus*. Referidas exceções são previstas e asseguradas pela lei para qualquer dos contratantes que podem validamente opô-las recusando-se ao cumprimento da prestação que lhe incumbe, enquanto que a outra parte contratante não der cumprimento a sua prestação ou, no segundo caso, não der cumprimento

O Direito Privado passa, em termos gerais, no seu atual estágio de estudo, pela necessária discussão sobre a interpretação e aplicação das cláusulas gerais. Sua incorporação ao ordenamento jurídico-privado constituiu-se na maior contribuição do legislador brasileiro, na medida em que propicia o aperfeiçoamento e atualização do sistema.

No caso brasileiro, especialmente do Código Civil de 2002, mesmo seus críticos não hesitam em qualificar as cláusulas gerais nele estabelecidas, como avanços da técnica legislativa brasileira, ao consagrar novos parâmetros para compreensão das relações jurídico-privadas e sua relação normativa. Como bem destaca Gustavo Tepedino, o legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem, assim, como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas³²³.

A origem das cláusulas gerais nos sistema jurídico de direito romano-germânico não é nova. Aponta-se, geralmente, ter sido o Código Civil alemão, de 1900, como a primeira codificação a fazer uso da técnica legislativa das cláusulas gerais, sobretudo em face da criativa utilização que a jurisprudência alemã fará adiante de expressões como a boa-fé e os bons costumes, referidas, respectivamente, no § 242 (boa-fé dos contratantes no cumprimento dos contratos) no § 138 (nulidade dos negócios contrários aos bons costumes) e no § 826 (dever de indenizar danos causados contra bons costumes)³²⁴.

Atualmente, todavia, a grande celeuma relativa às cláusulas gerais diz respeito a sua concreção, ou, com outras palavras, no preenchimento de sentido e significado, atividade

integral da sua prestação. No que se refere a teoria do abuso do direito, entende-se que o contratante não pode alegar a *exceptio non rite adimpleti contractus* quando o outro contratante já tivera cumprido quase que integralmente a sua respectiva obrigação. Neste caso, entende-se que a insignificância do descumprimento por parte do último contratante, não pode constituir justificativa para invocar a referida exceção, pois contraria a boa-fé que deve nortear o exercício das posições subjetivas (ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 298 e ss., especialmente, nota 1 da p. 302).

³²²CONTIHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Do abuso de direito*: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 1983, p. 67.

³²³TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *In*: ____ (org.). *A parte geral do novo código civil*: estudos na perspectiva civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. XVIII-XIX.

³²⁴MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1986 e o Código Civil brasileiro de 1916. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 741, pp. 11-37.

confiada prioritariamente ao juiz. A concretização exige que o juiz seja “reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração” “vinculadas à concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como arquétipo exemplar da experiência social concreta”³²⁵. Karl Larenz, nesse senda, ensina que o juiz deve de certo modo eleger um critério e, ao mesmo tempo em que não deixa de considerar a generalidade da norma, a individualiza até certo ponto, em vistas das circunstâncias do caso concreto³²⁶. Permitem, pois, que se realize a justiça no caso.

No que pertine ao tema ora analisado, o artigo 187 ao consistir numa verdadeira cláusula geral, representa com maestria a abertura do sistema jurídico à influência não apenas de elementos valorativos do próprio sistema jurídico, mas também dos princípios jurídicos. Para além disso, servirá também como veículo para a eficácia dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, tendo em vista a interpretação do referido artigo e em atenção à interpretação dos limites ali estabelecidos. Como destaca Claus W. Canaris

[...] é característico para a cláusula geral ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, ela não dar os critérios necessários para a sua concretização, podendo-se estes, fundamentalmente, determinar apenas com a consideração do caso concreto.³²⁷

Portanto, na atividade de interpretação e aplicação da norma do artigo 187, por ser considerada verdadeira cláusula geral, deverá o intérprete se servir de critérios orientados pelo finalidade econômico ou social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A despeito deste potencial que a norma comporta, pois, repisa-se, constitui verdadeira cláusula geral, a sua existência, por si só, no Código, não tornará o exercício das posições jurídicas subjetivas mais justo e equilibrado. Em Portugal, por exemplo, apesar do esforço da doutrina, o artigo similar [artigo 334, do Código Civil português] só ganhou efetivamente importância nas últimas décadas, tendo, portanto, permanecido dormente no Código nos primeiros anos de sua vigência³²⁸. Espera-se que no Brasil isto não ocorra,

³²⁵COSTA, Judith Hofmeister Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 329/330.

³²⁶LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 150.

³²⁷CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 142.

³²⁸António Menezes Cordeiro informa que a publicação do Código Civil de 1966 não provocou, por si só, a caracterização do abuso do direito em Portugal. Ensina o autor que “a jurisprudência manteve-se fiel às construções anteriores que, praticamente, limitam o abuso à emulação e, portanto: a situações de exercício inútil, gravemente danoso para terceiros”. Somente a partir de meados da década de 80 o abuso de direito veio obter crescente importância na jurisprudência portuguesa, de modo que o instituto “perdeu o

de modo que os tribunais pátrios possam, o mais rápido possível, dar concreção à norma do artigo 187 do Código Civil, tendo em vista ela permitir e até mesmo exigir.

2. Requisitos para a configuração do abuso do direito

O atual Código Civil brasileiro, inspirado inegavelmente no Código Civil português, previu, como já visto, em seu artigo 187, que cometerá ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Portanto, da leitura do dispositivo legal, extraem-se alguns requisitos para que haja ato ilícito.

A doutrina de forma geral costuma apontar dois requisitos para a configuração do abuso do direito: a) exercício de direito próprio; b) excesso manifesto dos limites objetivos, a saber, fim econômico ou social do próprio direito, boa-fé ou bons costumes. Embora no direito anterior o entendimento majoritário exigia o dano como elemento para configuração da ilicitude do abuso³²⁹, devido especialmente à cláusula geral da ilicitude subjetiva do antigo artigo 159, atualmente, e de acordo com a redação do artigo 187, não se pode chegar a tal conclusão³³⁰.

Os requisitos acima mencionados, em que pese cada um deles exigirem alguns desdobramentos, informa-se que, dada a finalidade do presente trabalho, apenas se farão algumas considerações de ordem panorâmica, a fim de melhor entender e interpretar o artigo 187, cabendo ressaltar, pois, que cada um deles merece ulterior aprofundamento, em vista da complexidade.

2.1 Existência de um direito

O primeiro pressuposto parece evidente, pois quem age em abuso do direito invoca um poder que, formal ou aparentemente, lhe pertence, embora não tenha fundamento material³³¹. Questão relativa ao primeiro requisitos relaciona-se aos casos de representação. Como se sabe, os direitos podem ser exercidos em nome próprio ou em nome alheio. Quanto ao primeiro caso, não pairam dúvidas, porquanto é o próprio titular

dramatismo e a natureza excepcional que, inicialmente, o rodearam, vindo a tornar-se, progressivamente, num instrumento dogmático muito solicitado pelas partes e usado, pelos tribunais, na realização da Justiça” (MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de direito civil português*. parte geral. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2000, t. I, pp. 245-246).

³²⁹LUNA, Everardo Cunha. *Abuso do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 101.

³³⁰O dano, de acordo com o sistema do Código Civil atual, é pressuposto da imputação da responsabilidade – artigo 927 e seguintes do Código Civil, não da configuração do abuso, cuja norma é meramente conceitual da ilicitude sem culpa.

³³¹HORSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português: a teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 1992, 282.

do direito que o exerce, que o pratica. As questões que suscitarão dúvidas dizem respeito ao segundo caso, ou seja, representação, que pode, ainda, ser conferida por lei, ou por meio de mandato, por exemplo. Isto porque o representante quando exerce seus poderes de representação em favor do representado, poderá deles abusar como se o representado fosse.

Entende-se que o abuso do direito, tal qual como está definido no artigo 187, do Código Civil, está ligado àquele a quem se imputa tal comportamento, ou seja, somente aquele que tenha o poder de usar, exercer e, portanto, de abusar do direito.

Uma questão que apresenta certa controversa quanto à conduta qualificada como abusiva é a expressão “manifestamente”, qualificando o excesso aos limites estabelecidos pelo artigo 187 do Código e, portanto, uma espécie de intensidade na conduta.

2.2 Excesso manifesto no exercício do direito

Em que pese entendimento contrário, a correta interpretação do artigo 187 do Código Civil pressupõe a devida compreensão do termo utilizado pelo legislador, qual seja, “manifestamente”.

Para tanto, tem-se que ter em mente o princípio de hermenêutica de que não existem palavras inúteis na lei, de forma que “devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia” (*verba cum effectu, sunt accipienda*). Como aduz Carlos Maximiliano, “as expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis”, e, em seguida, afirma se deve interpretar “as disposições de modo que não pareça haver palavras supérfluas e sem força operativa”³³².

A utilização da expressão “exceda manifestamente” quer significar que não é qualquer excesso no exercício dos direitos que levará à configuração da figura do abuso do direito.

Caberá ao juiz, ao apreciar o caso concreto, examinar se houve ou não excesso manifesto no exercício do direito pelo seu titular. Não se tem dúvida que à jurisprudência caberá o papel de criar critérios para realizar o termômetro do excesso manifesto do exercício do direito.

A jurisprudência tem apontado como critério de análise a proporção entre o benefício auferido pelo exercício do direito pelo seu titular e o prejuízo causado a outrem. Nesse sentido, por exemplo, tem-se entendido que a inscrição do nome do devedor

³³²MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 204-205.

quando a quantia for irrisória, configura-se “excesso manifesto” no exercício do direito do credor³³³.

2.3 Violação dos limites objetivos: fim econômico ou social do próprio direito, a boa-fé ou os bons costumes

Ao se estudar o tema do abuso do direito, nota-se que os direitos são limitados. A dúvida que surge é saber se os limites do artigo 187 aplica-se ao direito ou ao seu exercício. Precisa-se, pois, precisar qual é o destino dos limites lá impostos: se ao direito (conteúdo) ou ao seu exercício.

Como distingue Pessoa Jorge³³⁴, existem três momentos cronologicamente distintos entre si, mas interligados. O primeiro, refere-se ao desenho legal do direito que, obrigatoriamente, é geral e abstrato. Nesse momento, o legislador define, com grau máximo de abstração, os contornos técnicos e o conteúdo de determinado direito. O segundo momento é justamente a sua titularização, ou seja, é a aquisição do direito. E, por fim, o terceiro é aquele justamente em que o titular de um direito determinado decide exercê-lo. O segundo momento pressupõe o primeiro e o terceiro pressupõe os outros dois anteriores.

O legislador, portanto, além de limitar o conteúdo do direito, cuida de limitar, segundo os interesses supremos do ordenamento jurídico, o exercício dos direitos, ou, com outras palavras, ele não só atribui certas e determinadas faculdades aos titulares de

333CONSUMIDOR. RESCISÃO DE CONTRATO E DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA. ABERTURA DE CONTA CORRENTE, PARA FINS DE CREDITAMENTO DE SALÁRIO. SOLICITAÇÃO DE ENCERRAMENTO DA CONTA POR OCASIÃO DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO INICIAL. COBRANÇA DE JUROS E DEMAIS ENCARGOS DE MANUTENÇÃO DE CONTA CORRENTE. CONCESSÃO UNILATERAL E AUTOMÁTICA DE CRÉDITO A JUROS ALTÍSSIMOS PARA COBRIR ENCARGOS. PRÁTICA ABUSIVA. DÉBITO DESCONSTITUÍDO. DANO MORAL PRESUMIDO EM RAZÃO DA INSCRIÇÃO INDEVIDA EM RÓIS DE INADIMPLENTES, ENSEJANDO REPARAÇÃO. RECURSO PROVIDO, EM PARTE. O simples encaminhamento do nome de um ex-cliente seu a rol de inadimplentes, por dívida de insignificante valor, revela manifesto exercício abusivo de direito. Na linguagem do art. 187 do CC, houve excesso manifesto dos limites impostos pela finalidade econômica e social do direito do credor, pois o pagamento da ridícula quantia não chegaria sequer a cobrir os custos administrativos da própria manutenção do crédito e caminhamento a órgãos de inadimplentes. Diante das graves e profundas consequências para a vida do autor, comparadas com o praticamente inexistente interesse econômico útil para o credor, revelou-se manifestamente abusiva a conduta do requerido, merecendo a reprimenda desta corte. (Recurso Cível Nº 71002087880, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 10/09/2009.)

334PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995, 195.

determinado, como também busca fornecer os limites de como atuar praticamente as faculdades dos referidos direitos, ou seja, como exercer tais prerrogativas.

Todavia, além de inconveniente, é praticamente impossível traçar regras específicas concernentes ao modo de exercício de cada direito contemplado na lei. Diante disso, e em vista da imperiosa necessidade de limitar o exercício dos direitos em geral, o legislador brasileiro optou por traçar as diretrizes que deverão nortear o exercício de qualquer direito previsto em cada um dos artigos do Código Civil, por meio da cláusula geral que está contemplado no artigo 187 do Código Civil. Portanto, qualquer dos direitos, quando do seu exercício pelo respectivo titular, deverá obedecer os limites impostos no artigo 187, quais seja: fim econômico ou social do próprio direito, boa-fé ou bons costumes.

2.3.1 Fim econômico ou social do próprio direito

O limite do fim econômico ou social do próprio direito consiste em limite específico ao exercício do direito, que, como será visto no momento oportuno, difere da boa-fé e dos bons costumes, pois sua análise está adstrita ao próprio direito. Trata-se de limite interno, de sorte que ele não se pode ser percebido fora do conteúdo do próprio direito. Constitui, portanto, parte indissociável do próprio direito subjetivo, na medida em que expressa a razão pela qual um direito foi previsto pelo ordenamento jurídico e constituído no âmbito de uma relação jurídica.

Em relação a este primeiro limite, importante destacar que todo direito pressupõe a existência de um fim econômico ou social. Esta constatação é resultado de um longo desenvolvimento histórico, e de profundas transformações do próprio Direito para admitir, que, para além do exame dos elementos constitutivos de uma determinada realidade jurídica, o jurista igualmente passasse a ter em conta a razão de ser desta realidade, ou seja, a finalidade para a qual é compreendida.

Em princípio, um mesmo direito pode ter fim econômico e fim social específicos que, todavia, devem coincidir ou ao menos não se contradizer em vista da coerência do ordenamento lógico sistemático do ordenamento jurídico. Por exemplo, é o que ocorre com os direitos de crédito, que possuem o fim econômico de assegurar o cumprimento e a satisfação do crédito pelo devedor e, ao mesmo tempo, possuem fim social, na medida em que visam dar proteção da utilidade, previsibilidade e segurança as relações econômicas. Outros direitos, todavia, apenas possuem fim social, não sendo razoável falar em fim econômico, como ocorre, por exemplo, nos direitos relativos às relações jurídicas de direito de família.

Seja como for, o legislador ordinário andou bem ao restringir o exercício dos direitos aos atendimentos dos fins econômicos ou sociais, os quais podem ser delimitados e apreendidos por meio da interpretação de princípios e disposições constitucionais.

2.3.2 A boa-fé

A doutrina, de modo geral, distingue dois significados da expressão boa-fé: um subjetivo e outro objetivo. No que concerne à boa-fé subjetiva, também denominada boa-fé crença, sua concepção se acha ligada ao voluntarismo e ao individualismo que informaram o Código Civil de 1916, podendo ser definida como um estado psicológico contraposto à má-fé, em que há ausência de má-fé, fundada em um erro de fato, ou melhor, em um estado de ignorância escusável. É traduzida como um estado íntimo, de crença, um estado de ignorância de uma pessoa que se julga titular de um direito, mas que, em verdade, é titular exclusivamente de seu juízo e imaginação. Já a boa-fé objetiva, também denominada boa-fé lealdade, significa o dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade. Trata-se de uma regra de conduta, a ser seguida pelo contratante, pautada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses legítimos e expectativas razoáveis do outro contratante, visto como um membro do conjunto social.

Para bem aclarar a distinção entre ambas, merece registro a doutrina da professora Judith Martins-Costa:

A expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

Já por 'boa-fé objetiva' se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da common law – modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo.³³⁵

335MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

Enquanto fonte normativa, são tradicionalmente imputadas à boa-fé objetiva três distintas funções, as quais foram muito bem tratadas e resumidas por Judith Martins-Costa: a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. Tendo em vista as finalidades do trabalho, interessa para o tema ora analisado, a última função desempenhada pela boa-fé objetiva, qual seja, limitadora do exercício dos direitos subjetivos.

Nesse sentido, portanto, pode-se afirmar que o estado subjetivo, psicológico do titular do direito no momento do seu exercício não será levado em consideração para se aferir a licitude ou ilicitude do seu comportamento consubstanciado. Trata-se de, objetivamente, apreciar o exercício do direito para daí inferir se o comportamento do seu titular está em conformidade com a regra de conduta que a boa-fé objetiva representa.

Entre os casos típicos de abuso do direito por violação do limite imposto pela boa-fé, a doutrina cita os casos da teoria do adimplemento substancial das obrigacionais e a da proibição ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

No primeiro caso, analisa-se a teoria da seguinte forma: em contratos de longa duração nos quais existe a obrigação de pagamento de prestações, não raro ocorre de uma das partes contratuais efetuar o pagamento de parcela substancial das prestações contratuais e, por ter deixado pagar uma ou duas parcelas, a contraparte pode pleitear a resolução do contrato por inadimplência. Nesse caso a doutrina e a jurisprudência³³⁶ pátrias têm entendido que a pretensão de resolução contratual por inadimplemento fere o princípio da boa-fé objetiva.

No segundo caso, o contratante assume um determinado comportamento o qual é posteriormente contrariado por outro comportamento seu. O comportamento anterior gera expectativa na outra parte a qual é frustrada pela ação do contratante que antagoniza seu anterior posicionamento³³⁷. A proibição relaciona-se à confiança recíproca, o que nos é lembrado por Judith Martins-Costa, *in verbis*:

³³⁶Segue ementa ilustrativa do STJ, Resp. 272739/MG: "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido".

³³⁷Segue ementa de julgado do STJ, Resp. 935474/RJ: "DIREITO CIVIL. SERVIDÕES LEGAIS E CONVENCIONAIS. DISTINÇÃO. ABUSO DE DIREITO. CONFIGURAÇÃO. - Há de se distinguir as servidões prediais legais das convencionais. As primeiras correspondem aos direitos de vizinhança, tendo como

A proibição de toda e qualquer conduta contraditória seria, mais do que uma abstração, um castigo. Estar-se-ia a enrijecer todas as potencialidades da surpresa, do inesperado e do imprevisto na vida humana. Portanto, o princípio que o proíbe como contrário ao interesse digno da tutela jurídica é o comportamento contraditório que mine a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfego negocial.³³⁸

Conforme ensina Aguiar Júnior

A teoria dos atos próprios, ou a proibição de venire contra factum proprium protege uma parte contra aquela que pretenda exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte. Aquele que vende um estabelecimento comercial e auxilia, por alguns dias, o novo comerciante, inclusive preenchendo pedidos e novas encomendas, fornecendo o seu próprio número de inscrição fiscal, não pode depois cancelar tais pedidos, sob alegação de uso indevido de sua inscrição. O credor que concordou, durante a execução do contrato de prestações periódicas, com o pagamento em lugar ou tempo diverso do convencionado, não pode surpreender o devedor com a

fonte direta a própria lei, incidindo independentemente da vontade das partes. Nascem em função da localização dos prédios, para possibilitar a exploração integral do imóvel dominante ou evitar o surgimento de conflitos entre os respectivos proprietários. As servidões convencionais, por sua vez, não estão previstas em lei, decorrendo do consentimento das partes. - Na espécie, é incontroverso que, após o surgimento de conflito sobre a construção de muro lindeiro, as partes celebraram acordo, homologado judicialmente, por meio do qual foram fixadas condições a serem respeitadas pelos recorridos para preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorrentes. Não obstante inexistir informação nos autos acerca do registro da transação na matrícula do imóvel, essa composição equipara-se a uma servidão convencional, representando, no mínimo, obrigação a ser respeitada pelos signatários do acordo e seus herdeiros. - Nosso ordenamento coíbe o abuso de direito, ou seja, o desvio no exercício do direito, de modo a causar dano a outrem, nos termos do art. 187 do CC/02. Assim, considerando a obrigação assumida, de preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorrentes, verifica-se que os recorridos exerceram de forma abusiva o seu direito ao plantio de árvores, descumprindo, ainda que indiretamente, o acordo firmado, na medida em que, por via transversa, sujeitaram os recorrentes aos mesmos transtornos causados pelo antigo muro de alvenaria, o qual foi substituído por verdadeiro "muro verde", que, como antes, impede a vista panorâmica. Recurso especial conhecido e provido".

338MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 469.

exigência literal do contrato. Para o reconhecimento da proibição é preciso que haja univocidade de comportamento do credor e real consciência do devedor quanto à conduta esperada.³³⁹

Portanto, pela teoria do venire, aquele que adere a uma determinada forma de proceder, não pode opor-se às consequências dela emergidas, justamente pelas expectativas legítimas que emergem para a outra parte que, de boa-fé, supõe-lhe presentes os efeitos.

Enfim, a boa-fé apresenta, em matéria de limite ao exercício de direitos, papel fundamental, na medida em que limita a liberdade individual do titular do direito.

2.3.3 Os bons costumes

A cláusula dos bons costumes talvez é a que merecerá maior atenção e consideração como limite ao exercício de direitos, em face do pouco interesse que tem demonstrado no direito privado brasileiro.

Como aponta Coutinho de Abreu, "sua inconcreção ou indeterminação é ainda maior do que a constatada ao nível da boa-fé, já porque é menor a elaboração de 'figuras sintomáticas'. Nesse passo, prossegue o professor, se se afirmar "que um comportamento ofensivo dos bons costumes é sempre contrário à boa-fé, só, no entanto, violação grosseira da boa-fé ofenderá os bons costumes". Acrescenta, por fim, como conclusão de seu raciocínio:

E quando muitas vezes se tentam algumas concretizações, para além de quase sempre ficar na sombra da natureza da 'consciência social dominante' - essencialmente produto ideológico da(s) classe(s) que domina(m) -, pouco mais se faz que sobrepor ainda abstratas qualificações tomadas de códigos semânticos diferentes (sobretudo dos códigos políticos e moral).³⁴⁰

Seja como for, entende-se que os bons costumes devem interpretar-se atualmente num sentido geral de adequação e efetividade dos direitos fundamentais e sua proteção nas relações entre particulares (critério axiológico), assim como deve ser revestido da expressão das condutas desejáveis pela maioria social (critério sociológico), quando não

339AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 1.ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 240.

340COUTIHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Do abuso de direito*: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 1983, p. 65.

contraditórias com os direitos fundamentais e a proteção das minorias. Tal é o que busca o artigo 187 do Código Civil.

3. Consequências possíveis da violação da norma do artigo 187 do Código Civil

No que se refere às consequências jurídicas da aplicação do artigo 187 do Código Civil, tem-se que a violação dos limites pode dar causa tanto ao dever de indenizar expressamente referido (c/c art. 927), quanto determinar outras espécies de rejeição do ato abusivo, sempre visando à eliminação dos efeitos do abuso ou, quando possível, o impedimento dos danos que por ele possam se causados.

A mais lembrada consequência da violação do artigo 187 é o dever de indenizar, decorrente de expressa referência estabelecida no artigo 927 do Código Civil. Qualquer espécie de dano pode decorrer do exercício abusivo de direito. Tanto patrimoniais quanto extrapatrimoniais, inclusive danos à saúde, danos corporais, estéticos. Da mesma forma, pouco importa de o abuso se dá no âmbito de uma relação jurídica preexistente, como num contrato, ou se o ato abusivo é fonte originária de uma relação jurídica obrigacional, cujo objeto principal será o dever de indenizar. Neste caso, apenas cabe a ressaltar que o dever de indenizar independe da existência da culpa, de sorte que, como visto, o artigo 187 consagrou a teoria objetiva, não integrando a culpa o suporte fático do dispositivo legal. Basta que o titular do direito, ao exercê-lo, tenha excedido manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes e tenha causado dano.

Ao lado do dever de indenizar, tem-se outros. Como aponta Antunes Varella, “os efeitos jurídicos do abuso de direito se não confinam, como erroneamente poderia supor-se em face das mais antiga jurisprudência francesa, à obrigação de indenizar os danos causados a outrem pelo exercício abusivo do direito”³⁴¹.

Daí a necessidade de se examinar outras possíveis consequência.

O abuso do direito de crédito pode servir, por exemplo, como decidiu o Supremo Tribunal de Portugal, como causa excludente da ilicitude no adimplemento contratual³⁴².

³⁴¹VARELA, João de Matos Antunes. O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. *Revista de direito comparado luso-brasileiro* 1. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 58.

³⁴²Assim decidiu o Supremo Tribunal de Justiça (n. convencional: JSTJ00036591 – Relator: PEIXE PELICA – Data do Acórdão: 14.04.1990: “I – O incumprimento contratual significa uma situação de inexistência de realização da prestação devida e só releva juridicamente se a omissão assumir um caráter ilícito. II – Não há incumprimento ilícito se o direito de crédito for exercido em regime de abuso de direito (v. g., se o credor cria ao devedor remisso condições gravosas e desproporcionadas violadas das regras da boa fé e dos bons costumes, o que sucede quando o exercício desse direito representa uma situação desproporcional entre a utilidade procurada e as conseqüências que os outros têm de suportar). III – A desproporcionalidade terá de ser aferida por critérios unicamente objetivos e deverá apresentar as

Também pode ensejar nulidade do ato, inclusive de um contrato³⁴³, a dilatação de um prazo de prescrição ou de decadência³⁴⁴, a neutralização dos efeitos do direito de que se abusou³⁴⁵.

Para além disso, pode, ainda, o juiz considerar o abuso do direito equivalente à falta do direito³⁴⁶. Em Portugal já se decidiu pela anulabilidade da deliberação tomada em

características de intolerabilidade e de excesso inaceitáveis”.

343(1) “Supremo Tribunal de Justiça (n. convencional: JSTJ00014642 – Relator: LUIS GARCIA – Data do Acórdão: 11.07.1985): I – Diz-se ilegítimo o exercício de um direito quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito (abuso de direito) por isso, sendo ilegítimo o direito exercido pela REM e nulo o contrato de arrendamento. (...)”, (2) Supremo Tribunal de justiça (n. convencional: JSTJ 00012524 – Relator: SOARES TOME – Data do Acórdão: 26.05.1987): I – Havendo excesso quando ao fim sócio-econômico do direito e quando aos limites também imposto pela boa fé, o arrendamento é celebrado em ABUSO DE DIREITO do artigo 334 do Código Civil, pois, para que abuso de direito se verifique, não é de exigir, cumulativamente, excesso quanto aos bons costumes. II – A consequência do vício e a nulidade do contrato – artigo 294 do citado Código. III – A nulidade, por abuso de direito, do contrato de arrendamento terá apenas as consequências da entrega do andar aos autores e da recepção por estes das quantias que a ré foi depositando a título de renda.

344Supremo Tribunal de Justiça (n. convencional: JSTJ00031829 – Relator: ALMEIDA DEVEZA – Data 09.04.1997): III – O abuso tem consequências de todo ato o ato ilegítimo: a nulidade (artigo 294), a legitimidade da oposição, o alongamento de um prazo de prescrição ou caducidade e a obrigação de indenizar.

345Supremo Tribunal de Justiça (n. JSTJ00036181 – Relator: SILVA GRAÇA – Data do Acórdão: 11.03.1999): (...) III – O CC adaptou uma concepção objetiva de abuso de direito, não sendo assim necessário a consciência de se estar a exceder, com o seu exercício, os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito. IV – Cabe ao julgador definir, para o abuso de direito, em cada caso a sanção toda por mais adequada. V – Para se poder decretar a neutralização do direito é necessária a combinação das seguintes circunstâncias; -O titular de um direito deixa passar longo tempo sem o exercer; -Com base neste decurso do tempo e com base ainda num particular conduta desse titular ou noutras circunstâncias a contra parte chegar à convicção justificada de que o direito já não será exercido; -Movida por essa confiança, a contraparte ter orientado em conformidade a sua vida, tomado medidas ou adaptar programas de ação na base daquela confiança pelo que o exercício tardio e inesperado do direito em causa lhe acarretaria agora uma desvantagem maior que seu exercício atempado.

346Supremo Tribunal de Justiça (n. JSTJ00011471 – Relator: BROCHADO BRANDÃO – Data do Acórdão: 07.06.1988): I- O “excesso” manifesto do artigo 334 do código civil – basta que exista objetivamente, objetividade a conjugar com a razoabilidade de comportamento do declarante e com um sentido normalmente atribuível ao declaratório – artigo 236 n. 1 do código civil. II – Ora, um “declaratório normal”, face a manifestação do declarante de ceder o terreno para a solução definitiva do problema, só pode razoavelmente inferir “autorização”, independentemente das contrariedades do declarante e suas contrapartidas, pelo que se mostra manifestamente excedida a boa fé desse declaratório, boa fé que deve impedir nas obrigações conforme regra ética – artigo 762, n. 2 do código acima citado. III – A existência do abuso de direito equivalente a falta do próprio direito. IV – O abuso de direito é um dos casos previstos no artigo 1311, n. 2 do Código Civil, paralisando a restituição inerente a propriedade,

sociedade por quotas em que houve abuso do direito³⁴⁷. Também é possível encontrar na jurisprudência daquele país, julgado em que, apreciando um contrato preliminar, determinou-se a execução específica de tal contrato contra aquele que abusou do seu direito³⁴⁸.

No Brasil, o artigo 187 do Código Civil, em vista de ter tido como fonte imediata o direito português, espera-se que a jurisprudência caminha no mesmo sentido, de tal sorte que os efeitos lá reconhecidos possam também aqui serem detectados.

Por fim, mas não menos importante, deve-se arrolar a eficácia preventiva, prévia à realização do dano decorrente do ato abusivo. Não se trata, contudo, de consequência típica do abuso do direito. A rigor, a tutela inibitória que visa prevenir a ocorrência do dano, constitui-se no direito brasileiro, como espécie de tutela inibitória do ilícito³⁴⁹. Serve para coibir a prática, fazer cessar ou evitar a repetição do ilícito. Como ensina Luiz Muilherme Marinoni, “a inibitória prescinde totalmente dos possíveis efeitos concretos do ato ou da atividade ilícita e que a sua dependência deve ficar circunscrita unicamente à possibilidade de ato contrário a direito”³⁵⁰. Por esse motivo, a tutela inibitória não tem outro escopo senão impedir que o dano ocorra, razão pela qual não se perquire, para a sua efetivação,

em princípio. V – compatibiliza-se reconhecer a propriedade e recusa a entrega com apoio nesse “abuso”.

³⁴⁷Supremo Tribunal de Justiça (n. convencional: JSTJ00023813 – Relator: OLIVEIRA CARVALHO – Data do Acórdão 22.06.1976): I – O artigo 38 da Lei das Sociedades por Quotas e o artigo 181 do Código Comercial não autorizam as convocatórias em termos genéricos e vagos, exigindo, antes, que elas revelem, com precisão e clareza, os assuntos que vão ser tratados na assembléia geral para que os sócios, assim esclarecidos, possam estudá-los e defender, conscientemente, os seus interesses na respectiva discussão e votação. II – A assembléia geral convocada para análise da situação econômica e financeira da sociedade decidir sobre a exigência de prestações suplementares e autorizar a venda das quotas pertencentes à sociedade, foi regularmente convocada por ter sido indicado concretamente o objetivo da reunião, ficando os sócios informados dos assuntos a discutir e assim, sob este aspecto, não podiam ser anulada a deliberação em causa. III – O direito de voto é atribuído aos sócios para a realização do fim do objeto social pelo que, se for exercido, não para esse fim ou objeto, mas para obtenção de vantagens especiais dos votantes ou de terceiros, em prejuízo da sociedade, ou de outros sócios, existe abuso de direito (artigo 334 do Código Civil), sendo, portanto, anulável a deliberação em que se prova que os sócios presentes na assembléia geral agiram no interesse próprio e não no interesse da sociedade.

³⁴⁸Supremo Tribunal de Justiça (n. JSTJ00011479 – relator: ELISEU FIGUEIRA – Data do Acórdão: 07.06.1988) I- Perante o aperfeiçoamento do negócio jurídico pela convergência consensual, deve funcionar a figura do abuso de direito quando o seu titular exceda manifestamente os limite impostos pela boa fé. II – Não está excluído que, além de outras conseqüências e paralelamente ao estabelecido para o contrato-promessa, do abuso de direito decorra também a sujeição do faltoso a execução especificada, verificados os requisitos formais estabelecidos no artigo 410 do Código Civil.

³⁴⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 47.

³⁵⁰MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 47.

sobre a existência de dano e, igualmente, sobre a existência de culpa³⁵¹, estando ambas fora da cognição do magistrado.

Como tutela inibitória do ilícito, é possível afirmar que, tratando-se o abuso do direito como ato ilícito previsto no artigo 187 do Código Civil, é cabível, a par da ação indenizatória ou da ação anulatória, ou mesma a ação declaratória cuja abrangência alcance as pretensões decorrentes da rejeição ao exercício ao exercício abusivo de direitos, a ação inibitória. Tem cabimento, quando a pretensão de quem possa vir a sofrer as consequências do ato abusivo esteja circunscrita ao impedimento do próprio ato, ou dos efeitos do abuso, assim como, quando tais efeitos já estejam se produzindo, a cessação dos mesmos, por intermédio das providências judiciais cabíveis.

Seja como for, pode-se concluir no sentido da multiplicidade de consequências provenientes do ato abusivo. Como ressaltou Cunha de Sá:

Assim, umas vezes haverá lugar à reparação natural, nomeadamente através da remoção do que se fez com abuso do direito e nem sequer ela será forçosamente afastada pela natureza não patrimonial do dano causado pelos actos abusivos: outras vezes, será apenas admissível a indemnização pecuniária, quer na forma de certa quantia em dinheiro, quer na de renda. Mas, para além da responsabilidade civil ou até a ela acumulada, poderá descobrir-se toda uma infinita gama de sanções que, essa sim, impedirão que o titular do direito abusivamente exercido obtenha ou conserve as vantagens que obteve com prática do acto abusivo e o farão reentrar, em última análise, no exercício legítimo do direito: desde a nulidade, a anulabilidade, a inoponibilidade, ou a rescindibilidade do acto ou negócio jurídico quando seja na sua prática que o abuso se verifique, até ao reestabelecimento da verdade ou na realidade dos actos com eles conexionados, aceitando, por exemplo, a sua validade não obstante a falta da forma exigida, concedendo a *exceptio doli generalis* ou *specialis*, recusando a acção de anulação ou mantendo em vigor a relação.³⁵²

Portanto, várias são as possibilidades de sanções que podem ser estabelecidas para o titular de um direito que, no seu exercício, exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³⁵¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. 4.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 48.

³⁵²CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 647-648.

4. Considerações finais

O presente estudo objetivou analisar o artigo 187 do Código Civil, que consagrou a figura do abuso do direito. Verificou-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria objetiva, na medida em que prescindiu do elemento culpa para a sua caracterização. Apesar disso, existe pequena parcela que entende que para a configuração do abuso do direito, é necessário estar presente a culpa do titular do direito.

Apesar da divergência, pesa reconhecer que o abuso do direito, consagrado no artigo 187 do Código Civil, por meio de cláusula geral, dispensa a culpa do titular do direito que excedeu de forma excessiva quando exercitou o seu direito.

Por fim, não se pode negar que o tema é por demais difícil e desafiador, merecendo estudo e análise mais detida.

Referências bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 1.ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1994.

AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1932.

ANTUNES VARELA, J. M. *Das obrigações em geral*. 9.ed. Coimbra: Almedina, 1998, t. II.

BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. *El abuso del derecho*. 2.ed. Buenos Aires: EJE, 1971.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CAVALHIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARPENA, Heloísa. Abuso do direito no Código Civil de 2002: relativização de direitos na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>.

_____. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

COUTIHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Do abuso de direito*: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 1983.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v.I.

FREITAS GOMES, Luiz Roldão de. Responsabilidade civil subjetiva e objetiva. *In*: ARRUDA ALVIM; CERQUEIRA CÉSAR, Joaquim Portes de.; ROSAS, Roberto (orgs). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: RT, 2003.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*.10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

HORSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português*: a teoria geral do direito civil. Coimbra: Almedina, 1992.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Comentários ao novo Código Civil*. Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, t. II.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Abuso de direito*. Salvador: Podivum, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2.ed. São Paulo: RT, 1999.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, v.I.

LUNA, Everardo Cunha. *Abuso do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*: individual e coletiva. 4.ed. São Paulo: RT, 2006.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1986 e o Código Civil brasileiro de 1916. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, v. 741, pp. 11-37.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Tratado de direito civil português*: parte geral. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2000, t. I.

MOREIRA, J. C. Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8.ed. São Paulo: Forense, 2000, v.5.

PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. São Paulo: Renovar, 2002.

RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areais. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1987, v.I.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil aplicado*. São Paulo: Saraiva, 1981.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização dos riscos*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

SOUZA, Rabindranath Capelo de. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, vol.1.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil: abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: RT, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. In: ____ (org.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

VARELA, João de Matos Antunes. O abuso do direito no sistema jurídico brasileiro. *Revista de direito comparado luso-brasileiro* 1. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

PROCEDIMENTOS DE DIREITO DE FAMÍLIA NO CPC/2015: TELEOLOGIA E IMPORTÂNCIA DA CONSENSUALIDADE

VITOR PAIVA FIORINDO:
Advogado inscrito na OAB/MG.
Graduado em Direito pela
Universidade Federal de Juiz de
Fora (UFJF).

Resumo: A tutela dos Direitos de Família, por envolver situações fáticas enormemente sensíveis e complexas, passa pela constante reflexão sobre a conveniência e efetividade da atuação do Estado-juiz em tão delicada seara. O artigo objetiva, a partir desse problema, analisar criticamente as novas disposições do Código de Processo Civil sobre o tema, cotejando os procedimentos especiais de jurisdição voluntária e contenciosa e apontando algumas de suas falhas e possíveis soluções. Após a apresentação de um panorama descritivo, identifica-se uma unidade teleológica nos ritos processuais, que consiste na proteção da família e de seus membros por meio do estímulo à solução consensual dos conflitos, em linha com a aposta geral trazida pelo CPC/2015.

Palavras-chave: Processo civil. Procedimentos especiais. Direito de Família. Consensualidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Panorama dos procedimentos de Direito de Família no CPC/2015. 3. Unidade teleológica dos procedimentos de jurisdição voluntária e contenciosa: proteção da família e consensualidade. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1.Introdução

A particular complexidade das situações fáticas abrangidas pelo Direito de Família justifica, ainda hoje, que lhe sejam dedicados procedimentos especiais para a tutela em juízo, embora em outros ramos do Direito o procedimento comum adaptável (art.139, VI e 327, §2º, entre outros, do Código de Processo Civil) supra a necessidade de ritos especiais, conforme se verifica da extinção de alguns deles no CPC/2015.

Por isso, cabe ao operador do Direito conhecer as vantagens e desvantagens das variadas ferramentas processuais postas pelo legislador, especialmente em seara tão sensível na qual qualquer atuação do Estado pode irremediavelmente atrapalhar a resolução do conflito familiar, ainda que ajam as autoridades de acordo com a lei.

Este trabalho objetiva analisar criticamente o tratamento destinado pelo CPC/2015 às ações de família, cotejando suas disposições com as da lei anterior, bem como contextualizando-as com as demais diretrizes do atual diploma.

Após um panorama descritivo dos procedimentos elencados no Código, procede-se a um estudo pormenorizado a partir da identificação de uma unidade teleológica por ele erigida conforme a peculiaridade do direito material, qual seja, a proteção da comunidade familiar e de cada um de seus membros por meio, especialmente, da busca da reparação do conflito através da solução consensual. Apontam-se, ao longo da exposição, algumas incongruências, cuidados a serem observados e sugestões para o melhor deslinde possível dos processos.

2. Panorama dos procedimentos de Direito de Família no CPC/2015.

As ações de família de natureza contenciosa são espécie de procedimento especial a que o Código de Processo Civil de 2015 dedicou o Capítulo X do Título III do Livro I da Parte especial (arts. 693 a 699). Erigiu-se um amplo rol de ações que contempla o divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Quanto às ações de alimentos e as que versarem sobre interesse da criança ou do adolescente, prescreve o parágrafo único do art. 693 do CPC/2015 que observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições do Capítulo X.

A novidade em relação ao código de 1973 é que naquele diploma não havia parte que designasse as ações de família como de procedimento de rito especial. Assim, as ações eram propostas pelo rito ordinário, o que era indesejável porque as demandas de família sabidamente demandam uma série de cautelas em seu deslinde, por se tratar de litígio muito sensível do ponto de vista de ambas as partes.

Uma ação de família malconduzida pode, muitas vezes, ter resultado diametralmente oposto ao almejado pela jurisdição estatal, qual seja, a pacificação do conflito. Ao contrário, ao transportar o conflito doméstico-familiar ao fórum, delegando a terceiro desinteressado o poder de decidir, costuma ter-se justamente o acirramento das mágoas e dos embates, arrastando-o por anos e demolindo as possibilidades de reconciliação e apaziguamento dos ânimos pelo tempo.

Assim, é louvável que o Código de Processo Civil de 2015 tenha destinado capítulo específico às ações contenciosas de família, erigindo rito especial para sua solução, o qual, como se verá, possui mecanismos que podem em muito contribuir para um grau superior de sucesso nestas demandas em relação ao que se observava na ordem processual anterior.

Já a jurisdição voluntária é definida por parte da doutrina como “administração pública de interesses privados” por ser função exercida pelo juiz em causas

nas quais não há conflito de interesse entre as partes, que se convencionou chamarem, por conta disso, de “interessados”.

Os procedimentos de jurisdição voluntária ganharam corpo no CPC/2015 pela destinação de um capítulo específico a partir do art. 719. Destaca-se que a lei prevê expressamente a possibilidade de o juiz decidir por equidade, ou seja, estando desobrigado a “observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.” (art. 723, parágrafo único).

No Código de Processo Civil de 1973, o único procedimento voluntário de família era a separação consensual, previsto nos arts. 1.120 e seguintes.

Já no Código de 2015, o procedimento de jurisdição voluntário nas matérias de direito de família encontra previsão normativa nos arts. 731 a 734, que contemplam, no entanto, apenas o divórcio e a separação consensuais, não abrangendo o reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Ressalte-se, contudo, que o art. 732 dispõe aplicarem-se, no que couber, ao processo de homologação da extinção consensual de união estável as regras relativas ao processo de homologação judicial de divórcio ou separação consensuais. O artigo está em linha com o tratamento constitucional destinado à união estável, reconhecida pelo art. 226, §3º da CF/88 como entidade familiar para efeito da proteção do Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Não obstante, o art. 733 ressalva que a realização de divórcio, separação e extinção de união estável consensuais só podem ser realizados por escritura pública caso não haja nascituro ou filhos incapazes, o que prestigia o comando constitucional de proteção do menor (art. 227 da CF/88)

3. Unidade teleológica dos procedimentos de jurisdição voluntária e contenciosa: proteção da família e consensualidade

No entanto, vislumbra-se de plano que os tratamentos destinados pelo Código de 2015 aos procedimentos contenciosos e voluntários de família tem mais semelhanças que diferenças, mormente por seguirem uma unidade teleológica de proteção da família e incentivo à resolução consensual e pacífica dos conflitos, rechaçando-se a litigiosidade tão danosa aos integrantes do núcleo familiar que tradicionalmente se verifica nesta seara.

A constatação advém do art. 694 do CPC/2015, segundo o qual, nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. O parágrafo único ainda permite que o juiz determine a suspensão

do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Não se pode olvidar que o incentivo à solução consensual da controvérsia foi largamente acolhido por todo o código de 2015, tratando-se de verdadeiro vetor normativo da nova ordenação processual. Já o art. 3º, §3º da Lei disciplina que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O sentido de favorecimento da conciliação desponta também na norma erigida pelo art. 334, pelo qual, em vez de o réu ser citar para contestar, o juiz, verificando que a petição inicial preenche os requisitos iniciais e não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, designará audiência de conciliação ou de mediação, para a qual será chamado o demandado. Conforme o §4º, a audiência somente não será realizada se ambas as partes se manifestarem expressamente rejeitando-a, ou quando não se admitir a autocomposição. No entanto, no caso das ações de família, prevalece que não se aplicam as referidas limitações, sendo a audiência de mediação etapa obrigatória do processo.

Destaque-se, sem embargo, convincente posicionamento contrário que leva em conta a impertinência da audiência de conciliação em casos específicos nos quais a reaproximação das partes pode até ser indesejável (TARTUCE, 2018):

Em demandas familiares, a via consensual, por um lado, pode se apresentar como o meio adequado para que a família se reorganize, soando obvio que a solução construída pelos envolvidos é preferível à imposição de um terceiro. Por outro lado, há situações críticas em que o uso da técnica consensual se revela inadequado. Como exemplo, em um conflito marcado por violência doméstica em que a esposa precisou obter uma medida protetiva contra o marido violento, deve-se, na posterior demanda de divórcio litigioso, designar a realização de uma sessão inicial de autocomposição mesmo que ela expresse não ter condições de com ele conversar? Nestes casos, em que resta patente a inadequação da sessão consensual para tentativa de autocomposição do conflito, ainda que uma das partes não manifeste sua oposição à realização da audiência, esta não deve ser designada.

O art. 6º do CPC também prestigiou a nova concepção do desincentivo à litigiosidade ao prever expressamente o princípio da cooperação, ao qual estão vinculados todos os sujeitos do processo (inclusive o juiz). É claro que não se espera que com a mera prescrição normativa atinja-se maior pacificação social dentro e fora do processo,

principalmente no âmbito das complexas ações de família, nas quais a imensa carga emocional transcende a controvérsia posta nos autos e impede, muitas vezes, a resolução de questões de direito simples.

No entanto, por isso mesmo deve o ordenamento fornecer ferramentas e diretrizes, na tentativa de conferir ao processo mais efetividade não só jurídica, mas também para as vidas dos envolvidos. Isso passa, necessariamente, pela modificação dos ambientes e métodos discursivos empregados pelas partes, para o que a realização de audiências de mediação é um meio potencialmente muito eficaz.

Outra disposição legal que confirma o espírito conciliatório destinado pelo código às ações contenciosas de família é a do art. 695, §1º, que prescreve que o mandado de citação deverá estar desacompanhado da cópia da petição inicial, o que contribuiu para evitar que o conflito se perpetue e ganhe escala, o que seria efeito da leitura da exposição dos fatos e do direito pelo réu na referida ação.

Já o art. 696 permite que a audiência de mediação e conciliação se divida em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual. Passam a incidir as normas do procedimento comum, segundo o art. 697, somente caso não realizado o acordo.

Por outro lado, a doutrina alerta para que o “empreendimento de esforços” para a solução consensual do conflito de família previsto pelo art. 694 não deve suplantiar a vontade das partes, impondo-se decisão acordada que não se adequa às reais necessidades e pretensões da parte. Nesse sentido, o enunciado 187 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “no emprego de esforços para a solução consensual do litígio familiar, são vedadas iniciativas de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem, assim como as de aconselhamento sobre o objeto da causa”.

Mesmo assim, é perfeitamente possível, e até desejável, que a ação contenciosa de família transcorra até o fim sem que prevaleça a conflituosidade, atuando o juiz não como julgador do mérito da demanda para dar razão a uma das partes e impor derrota à outra, mas apenas como administrador da solução da controvérsia, cujo protagonismo será dado inteiramente às partes.

Sendo assim, a doutrina vem defendendo que o rol de procedimentos de jurisdição voluntária disposto nos arts. 731 e 732 não é taxativo, mas enunciativo, nada impedindo que as demais ações elencadas no art. 694 sejam também qualificadas como de jurisdição voluntária, seguindo seu procedimento.

Essa conclusão estende-se à celeuma advinda de o art. 732 prever que, quanto à união estável, será admitido o procedimento de jurisdição voluntária no que diz

respeito à “extinção”, silenciando o artigo quando ao “reconhecimento”, o qual é admitido pelo art. 693. A partir do referido entendimento, segue-se que também o reconhecimento da união estável admitirá o rito da jurisdição voluntária, caso não haja divergência entre os interessados.

Interessante destacar a prescrição do art. 733, §2º do CPC, segundo a qual, nos procedimentos voluntário de divórcio ou separação consensual ou dissolução consensual de união estável, que podem ser realizados por escritura pública, o tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público.

A norma é polêmica porque, em havendo consenso entre as partes, e sendo o tabelião profissional dotado de fé pública apto a assegurar o respeito às formalidades inerentes ao ato, é difícil justificar a necessidade de assistência dos cônjuges ou companheiros por advogados, considerando inclusive que a desjudicialização do procedimento cumpre também a função de reduzir os custos inerentes ao processo. Por outro lado, o Código estabelece ao menos que a escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras (art. 731, §1º).

Quanto à intervenção do Ministério Público, delimita o art. 698 do CPC que o *Parquet* intervirá somente quando houver interesse de incapaz, devendo ser ouvido previamente à homologação de acordo. Trata-se de medida útil à razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), considerando também que o art. 178 do CPC prescreve que o MP intervirá como fiscal da ordem jurídica apenas nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal.

Por outro lado, igualmente na linha do prestígio à efetividade do processo, embora o CPC determine que é nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que devia intervir (art. 279), a nulidade só pode ser declarada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo (art. 279, §2º). Com isso, tem-se a adoção do princípio “pas de nullité sans grief”, pelo qual as nulidades processuais dependem sempre da demonstração de prejuízo, derivado da concepção de instrumentalidade do processo. O princípio é amplamente adotado pelo STJ.

Também nas ações de jurisdição voluntária de família a intervenção do Ministério Público se faz presente. É o caso da necessidade de intimação da instituição no procedimento de alteração do regime de bens do casamento, que é disciplinado pelo art. 734 do CPC.

Nessa demanda, prescreve-se também a publicação de edital que divulgue a pretendida alteração de bens, podendo os cônjuges propor ao juiz meio alternativo de divulgação a fim de reguardar direitos de terceiros (art. 734, §§1º e 2º). A disposição é criticada na doutrina por contemplar “formalidade ausente no regime anterior e que pode ensejar demora adicional injustificável no feito” (TARTUCE, 2018).

Destaca-se que o regramento processual da alteração de regime de bens do casamento é novidade do Código de Processo Civil de 2015, já que anteriormente havia previsão da matéria somente na lei material.

Já a contenda a respeito da subsistência da separação judicial no ordenamento brasileiro, que vem desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, não foi resolvido pelo Código de 2015, que manteve a previsão da separação consensual como procedimento de família. Fernanda Tartuce (2018) destaca que o projeto do Código de Processo Civil tramitou por considerável tempo contemplando apenas o divórcio, tendo a separação sido incluída no texto no fim do processo legislativo.

Contudo, cabe apontar que não se vislumbra mais utilidade no procedimento de separação, dado que, a partir da referida emenda constitucional, o direito a requerer o divórcio passou a ser potestativo, ou seja, indiferente a qualquer resistência da parte contrária, admitindo-se a plena (des)constituição da relação jurídica tão somente a partir da manifestação de vontade de um dos cônjuges.

Assim, poder-se-ia levantar o problema da falta de interesse de agir, que tem como um de seus parâmetros a utilidade da prestação jurisdicional. Contudo, como o Código previu expressamente esta modalidade, a extinção de todos processos sem resolução do mérito por falta de interesse de agir representaria indevida interferência judicial na vontade do legislador, já que inviabilizaria o prosseguimento de qualquer ação deste tipo.

Quanto à oitiva de incapazes nas ações de família, importante disposição é a do art. 694, parágrafo único, combinada com o art. 699 do CPC. Estas normas, reconhecendo que o caráter sensível das matérias tratadas nas ações em questão, principalmente quando envolvem incapazes, prescrevem que o juiz deve ser assistido por especialistas ou equipes multidisciplinares no tratamento das demandas. Objetiva-se, com isso, evitar que o deslinde processual seja mais um trauma na vida da criança, que muitas vezes se vê no centro de um fervoroso embate entre os pais. O caso de alienação parental é definido pelo art. 2º da Lei 12.318/2010:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a

criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Conforme o art. 3º da mesma lei, a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Nesse contexto, o acompanhamento do caso por especialista nos momentos de comparecimento do menor em juízo, conforme determina o art. 699 do CPC, pode ter o condão de evitar que o processo sirva de pretexto para a nefasta prática de alienação parental, assegurando que o melhor interesse do menor estará no centro da discussão, impedindo que este seja utilizado como “arma” na briga entre os demais membros da família.

Nestes casos, que envolverão principalmente as demandas relativas a guarda, a atenção judicial deve ser redobrada, e talvez por isso os artigos do CPC destinados aos procedimentos de jurisdição voluntária não tenham expressamente contemplado essa espécie de ação, conforme acima tratado. No entanto, assim como nas outras ações de família, nada impede que os cônjuges ou companheiros, quando do divórcio ou da extinção de união estável, entrem em acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas (art. 731, III), bem como ao valor da contribuição para criar e educar os filhos (art. 731, IV). Se isso ocorrer, o procedimento adotado poderá ser o consensual, exigindo-se apenas a homologação pelo juízo em procedimento de jurisdição voluntária.

4. Considerações finais

O tratamento dado pelo Código de Processo Civil de 2015 às ações de família, contenciosas ou voluntárias, apresenta mais pontos de contato do que de divergência. O diploma processual, além de inovar em relação ao anterior por destinar artigos específicos aos procedimentos contenciosos de família, o que atende a necessidade de destinar a esta matéria instrumentos processuais mais adequados à sensibilidade das relações jurídicas em discussão, prevê meios para que as partes, em consenso, utilizem-se da via judicial apenas para cancelar as decisões já tomadas, o que representa grande valorização de sua autonomia privada.

As disposições estão em consonância com a valorização dada pela lei instrumental aos meios alternativos de resolução de conflitos, cuja presença se pretende estender a todo o ordenamento processual, mas que têm especial relevância nas ações de

família, dada a proximidade das partes e o potencial destrutivo que uma intervenção estatal drástica pode ter sobre as próprias relações que pretende proteger.

O incentivo à solução consensual do conflito, por outro lado, não pode servir de catalisador da inefetividade do processo, que pode ocorrer quando os meios alternativos são forçados em situações nas quais não cabem, o que também é frequente nas ações de família, principalmente nas que envolvem violência doméstica, abuso de menores, alienação parental etc.

Nesses casos, o provimento judicial deve ser firme, conferindo efetiva proteção às partes vulneráveis. Para isso, cabe ao juiz utilizar as ferramentas e instituições que podem, por vezes muito melhor do que ele, contribuir para a solução da controvérsia e para a efetivação da melhor solução, como equipes de assistência social, psicólogos etc.

Nem se deve esquecer do importante papel cumprido pelo Ministério Público nas ações de família, como instituição afeta à defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis. Contudo, o comando constitucional que consagra a razoável duração do processo e a concepção de que este é instrumento para a realização dos direitos impõe que a decretação de qualquer nulidade processual, e especialmente as decorrentes de ausência de intimação do *Parquet*, devam ser precedidas de intimação para que a instituição alegue o prejuízo eventualmente sofrido.

Embora a discussão dos problemas familiares em juízo seja tema muito delicado e que certamente escapa do que é possível ser tratado por um Código de Processo, acredita-se, a partir do estudo comparado da lei de 1973 com a de 2015, que avançou-se no delineamento de um procedimento adequado à solução destas controvérsias, passando desde o incentivo à desjudicialização até a adoção de normas protetivas das partes vulneráveis em juízo, nos casos em que a intervenção estatal mais drástica se faz necessária.

5. Referências

TARTUCE, Fernanda. Ações de família. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Edição de junho de 2018. Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/169/edicao-1/acoes-de-familia>.

PIMENTEL, Alexandre Freire. O procedimento das ações de família (de jurisdição contenciosa e voluntária) no CPC/2015. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_141.03.pdf.

OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. Breve diagnóstico sobre os procedimentos de família após a vigência do CPC/2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mai-20/mp-debate-breve-diagnostico-procedimentos-familia-atual-cpc>.

UM PONTO CEGO DA NORMATIVIDADE HEGEMÔNICA: O CASO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA RÉUS CIGANOS

RAFAEL CASCARDO CARDOSO DOS SANTOS:

Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO: Neste artigo, busca-se analisar a decretação de prisão preventiva para pessoas denunciadas por crime que sejam integrantes da etnia cigana. O recorte metodológico se efetuou com base no mapeamento da jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais que abrangem os Estados com maior concentração de acampamentos ciganos. A partir deste espaço amostral, constata-se, que na maior parte dos casos, o enquadramento do indivíduo adepto da cultura cigana na *fattispecie* legal de decretação de prisão preventiva ocorre por razões culturais, seja diretamente, seja por meio do uso retórico do conceito de "*ordem pública*". Na sequência, demonstra-se como tal prática, ao se tratar de verdadeira discriminação indireta judicialmente chancelada, subverte o princípio da igualdade, mostrando-se atentatória ao Estado Democrático de Direito. Por fim, conclui-se que, por se tratar da tutela de direitos fundamentais de minoria historicamente estigmatizada, o Supremo Tribunal Federal possui legitimidade institucional para adotar uma postura de maior ativismo judicial, caso provocado a enfrentar a matéria em caráter estrutural.

Palavras-chave: ciganos; prisão preventiva; discriminação indireta; adaptação razoável.

Abstract: This work aims to analyze the preventive imprisonment of individuals who belong to gypsies' groups. The methodological boundary is set by the mapping of State Courts and Federal Courts case-law which encompass the states that have the most gypsies camping sites. From this perspective, it gets clear that, in most cases, the judicial application of the legal framework of preventive imprisonment to gypsies takes places for cultural reasons: either directly or by means of the rhetorical use of "public order" as a legal concept. Moreover, it is confirmed that this practice represents an indirect discrimination judicially endorsed which subverts the principle of equality, undermining the Rule of Law. At last, it is affirmed that as it revolves the judicial enforcement of fundamental rights of a historically stigmatized group, the Brazilian Supreme Court possess institutional legitimacy in order to adopt an approach of a more intense judicial activism if it happens to deal with this issue in a structural sense.

Keywords: gypsies; preventive imprisonment; indirect discrimination; reasonable accommodation.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2 – Os ciganos no Brasil e no mundo: seminomadismo como cultura ou como sobrevivência? 3 – A tutela jurídico-constitucional dos povos ciganos; 4 –

Mapeamento da jurisprudência pátria em matéria penal: indícios de seletividade cultural; 4.1. – A decretação da prisão preventiva fundada explicitamente na condição de cigano do réu; 4.2. – A “ordem pública” e a “aplicação da lei penal” como subterfúgios argumentativos da discriminação velada; 5 – Do reconhecimento à adaptação razoável: a erradicação da discriminação indireta; 6 – Conclusão - O Supremo Tribunal Federal e seu papel contramajoritário: em defesa dos direitos das comunidades ciganas; 7 - Referências

1 – Introdução

O povo cigano, cujas origens remontam à Idade Média, constitui, na sociedade contemporânea, uma das etnias que mais sofrem com a aplicação da Lei estatal, considerada a premissa de territorialidade que lhe é inerente *vis-à-vis* a relação distinta daqueles povos com o espaço físico.

Em outras palavras, o conceito de Estado majoritariamente adotado concebe a fixação do povo em determinado território como um elemento constitutivo. Dessa forma, toda legislação estatal, em qualquer nível – federal, estadual ou municipal –, irá ter esta noção como premissa implícita.³⁵³ Ocorre, todavia, que os ciganos têm como traço constitutivo o seminomadismo, isto é uma atitude e uma cosmovisão completamente diferente do sedentarismo pressuposto pelo Estado. Assim, há uma potencialidade estrutural e conceitual de uma lei ou política pública estatal, por mais neutra que aparente ser, venha a ter impactos desproporcionais para os ciganos.

Dito isto, o objeto do presente artigo cinge-se a uma área específica e extremamente delicada do exercício da jurisdição estatal sobre as comunidades ciganas no Brasil, qual seja a decretação de prisão preventiva para tutela da ordem pública e para garantia da aplicação da lei penal.

A hipótese que se buscará demonstrar é de que as comunidades ciganas, tendo em vista sua itinerância, são desproporcionalmente afetadas na aplicação dessa medida cautelar processual penal, uma vez que referida providência é a regra nos sujeitos adeptos daquela cultura, não em razão de circunstâncias individuais do caso concreto, mas sim por atributos historicamente vinculados ao povo cigano.

No primeiro tópico, uma breve digressão histórico-antropológica das comunidades ciganas se faz necessária. Suas origens no Brasil e no mundo, assim como seu histórico de invisibilidade e perseguição serão traços acentuados nesta parte da exposição. Ao final, as características definidoras dos povos ciganos – seminomadismo, costumes e práticas

353 Quanto ao ponto, cf. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Malheiros Editores, 17ª Edição, 2010. p. 68-70 e 93; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Editora Saraiva, 29ª Edição, 2010. p. 86 e 116-119

econômicas – serão abordadas, sempre buscando estabelecer uma conexão lógica com elementos subjacentes à perseguição penal.

Em seguida, o arcabouço normativo constitucional, legal e convencional que dispõe sobre os direitos dos ciganos no Brasil será desenvolvido de modo a conceder substrato normativo à tutela desta comunidade. Neste sentido, a Convenção n° 169 da OIT, o Decreto n° 6.040/07 e, por óbvio, a Constituição da República são os diplomas normativos que merecerão maior destaque.

Posteriormente, buscar-se-á abordar a jurisprudência dos tribunais pátrios no tocante à perseguição penal de indivíduos adeptos da cultura cigana. Aqui, o espaço amostral analisado se cingiu aos Tribunais que abrangem Estados com maior concentração de acampamentos ciganos. Uma leitura atenta da fundamentação da concessão de prisão preventiva revelará que, na maior parte destes julgados, não houve uma correlação dos requisitos previstos em Lei com elementos específicos do caso concreto, mas sim com traços caricaturais atribuídos pelo imaginário social àquela pessoa que pertence a comunidade cigana.

Na sequência, as categorias dogmáticas da discriminação indireta e da adaptação razoável serão elaboradas como corolários protetivos das normas constitucionais e convencionais incidentes aos casos de imposição indiscriminada de prisão preventiva a ciganos.

Por fim, o caráter prescritivo do presente artigo se revelará na necessidade de o Supremo Tribunal Federal, cuja legitimidade se extrai de seu papel contramajoritário de proteção de direitos fundamentais de minorias estigmatizadas, uniformizar a matéria em prol dos direitos dos ciganos até então despercebidamente ignorados pelos demais Tribunais brasileiros.

2 – Os ciganos no Brasil e no mundo: seminomadismo como cultura ou como sobrevivência?

Os ciganos chegaram na Europa por volta do século XIV, muito provavelmente oriundos da Índia.³⁵⁴ Já na Idade Moderna, a perseguição às suas comunidades se iniciariam muito em virtude de seu seminomadismo, razão pela qual as autoridades políticas à época passaram a incentivar a adoção de residência fixa. Por sua vez, as mulheres

³⁵⁴ KENRICK, Donald. *Historical Dictionary of the Gypsies (Romanies)*. 2nd Edition. The Scarecrow Press Inc. 2007, p. xxxvii

ciganas eram vistas pela Igreja Católica como hereges e o comércio realizado nas tendas ciganas atraíam antipatia das corporações de ofício.³⁵⁵

Séculos mais tarde, com a industrialização, os ciganos seminômades começaram a enfrentar um novo problema para assentarem suas tendas e caravanas: a adoção de políticas de crescimento urbano. Essas propostas homogêneas de crescimento urbano pautavam-se em critérios que excluíaam os ciganos e sua cultura seminômade, que era vista como uma ameaça para o estilo de vida hegemônico cujas práticas sociais e econômicas pressupunham o assentamento dos indivíduos em territórios fixos e determinados.³⁵⁶

Nada obstante, o evento histórico mais trágico para as comunidades ciganas certamente foi o holocausto. Como se sabe, a proposta de extermínio e purificação nazista tinha como um dos seus alvos a comunidade cigana, considerada uma "ameaça" a "pura raça ariana", tendo sido submetidos às leis de Nuremberg de 1935.³⁵⁷ Ao invés de uma política de assimilação, que era adotada até o presente momento, as políticas nazistas procuravam excluir e exterminar os ciganos nômades, até mesmo aqueles que abandonaram tal prática e tinham se fixado na Alemanha. Suas práticas culturais eram proibidas de serem exercidas e, em 1938, todos os ciganos foram declarados "antissociais", tendo sido criado o "Centro Nacional para lutar contra a ameaça cigana". No mesmo ano, muitos deles foram esterilizados e deportados para trabalharem na construção dos campos de concentração.³⁵⁸

Por sua vez, a história dos ciganos no Brasil se mostra igualmente desalentadora. Os primeiros ciganos vindos ao Brasil datam do final do século XVII, período em que Portugal os deportava para a colônia como mera política de higienização.³⁵⁹

No início do século XVIII, por conta da corrida do ouro, os ciganos migraram para a região das minas, contrariando os desígnios da Coroa portuguesa. Desde então, aquela etnia começou a ser perseguida e criticada pelas comunidades locais, sob o argumento de que os furtos aumentaram, sem qualquer conexão entre esse fato e a culpa de um indivíduo determinado.³⁶⁰ Com efeito, a dialética irracional que se adotava era a seguinte: os ciganos foram às regiões das minas, tendo se verificado aumento de furtos e subversão da ordem social, logo, os ciganos são os culpados por tais acontecimentos. Nesse sentido,

355 *Ibid.*

356 *Ibid.* pp. xxxix e xl

357 LEWY, Guenter. *The Nazi persecution of the Gypsies*. Oxford University Press, 2000. pp. 05-33

358 KENRICK, Donald. *Historical...* p. xl

359 TEIXEIRA, Rodrigo Corrêa. *Ciganos no Brasil: uma breve história*. Crisálida, Belo Horizonte, 2009. pp. 28-29

360 *Ibid.* p. 32

ainda que as autoridades locais prendessem indivíduos que não fossem da etnia cigana, nos documentos e relatórios históricos havia sempre o registro genérico de que foram detidos "*ciganos e outros malfeitores*".³⁶¹ Na mesma época, os ciganos que foram expulsos das minas migraram para São Paulo; porém, foram igual e gradativamente sujeitos a expulsão desta cidade por causarem "*perturbações*".³⁶² Em outras palavras, os ciganos sempre serviram de bodes expiatórios, tendo que ficar em constante movimento – por uma questão cultural e de sobrevivência.

No curso do século XIX, os ciganos também sofreram os efeitos da urbanização e da explosão demográfica. Neste período, intensificou-se o processo de elaboração de uma política estatal voltada ao crescimento urbano nos moldes que melhor favorecessem os interesses da sociedade burguesa. Deste modo, os acampamentos – formas típicas de moradia cigana – eram vistos como ameaça à expansão das cidades, tendo a permanência destes passada a ser criminalizada pela exigência legal de documento ou identificação de propriedade daquele território, que, por óbvio, os ciganos não possuíam.³⁶³ Nesse sentido, destacam-se as lições do historiador Rodrigo Teixeira ao analisar os ciganos em Minas Gerais:

A sociedade mineira rejeitava o cigano porque desejava que o espaço da cidade fosse *liso, homogêneo, de acordo com a lógica da sociedade burguesa*. 'Um espaço liso é um espaço desterritorializado, aonde não há mais os mesmos tipos de circunscrições ou delimitações por emblemas étnicos ou religiosos, por exemplo'. *Os ciganos tinham territórios delimitados por fronteiras subjetivas, existenciais, que a sociedade mineira procurava padronizar, seriar, enfim desterritorializar, 'distendendo-os em espaços lisos'*. O projeto civilizatório de esquadramento do território mineiro, visava a seu alisamento, ou seja, a homogeneizar através de estratégias administrativas de censo, de controle sanitário e registro eleitoral.

No entanto, apesar da ampliação cada vez maior do projeto civilizatório, a chegada e o abarracamento dos ciganos era a reconstituição temporária de um território da subjetivação da cidade. Assim, *a relação dos ciganos com a sociedade mineira poderia ser vista como um conflito entre tipos de percepções de espaço, a priori, contraditórias*. A dos ciganos era constituída por elementos de seu cotidiano: relações de parentesco, festas e outros compromissos

361 *Ibid.* p. 33

362 *Ibid.* p. 34

363 *Ibid.* p. 60

sociais, trabalho e ócio etc. Tornava-se, portanto, uma forma de reelaboração constante da identidade, respondendo às transformações e estímulos da sociedade mineira. Em geral, a forma mineira de apropriação do espaço seria guiada por *uma racionalidade civilizatória e sedentária, enquanto a forma cigana seria direcionada por uma racionalidade comunitária e pelo nomadismo*. A utilização de casas por ciganos, como no citado caso de Contendas, não traduzia numa sedentarização completa. Pois as casas funcionavam, sobretudo, como uma 'base' para se guardar mercadorias, utensílios e móveis, e como refúgio para o período de chuvas. As casas estavam lado a lado com as barracas, que armadas reforçavam a imagem de nomadismo.³⁶⁴ (grifos nossos)

Em paralelo, começou a proliferar a legislação higienizadora de cunho moralista que criminalizava o estilo de vida cigano. Tratava-se de verdadeiras normas de etiqueta que visavam a um projeto civilizatório excludente ao enquadrar os acampamentos ciganos como questão de saúde pública.³⁶⁵ Estas normas aumentavam o abismo simbólico entre a sociedade hegemônica e os povos ciganos, estereotipados como pessoas sujas, preguiçosas e criminosas em virtude de seu seminomadismo.³⁶⁶

Nos dias de hoje, de acordo com os dados do IBGE, relativos à Pesquisa de Informações Básicas Municipais (MUNIC) realizada em 2014, há, ao todo, 337 acampamentos ciganos espalhados pelo território brasileiro. Os Estados que possuem a maior quantidade de acampamentos são: Minas Gerais, com 61; Bahia, com 56; São Paulo, com 33; Goiás, com 31; e Paraná, com 24. É de se ressaltar que esta quantidade provavelmente é ainda maior em 2018, mas não há dados recentes contabilizados, tendo em vista que o IBGE realizou o último recenseamento apenas em 2014, sendo alvo de críticas dos representantes das comunidades e do Ministério Público Federal.³⁶⁷³⁶⁸

³⁶⁴ *Ibid.* pp. 60-61

³⁶⁵ *Ibid.* p. 81

³⁶⁶ *Ibid.* pp. 115-117

³⁶⁷ Confira-se, sobre o ponto, a seguinte matéria jornalística relatando a audiência pública havida em 29/05/2018 na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/05/29/dados-sobre-a-populacao-cigana-precisam-ser-atualizados-dizem-debatedores>

³⁶⁸ Confira-se Recomendação do Ministério Público Federal, datada de 24 de maio de 2018, para inclusão dos povos ciganos no censo demográfico: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/recomendacao-ciganos_ibge.pdf

O povo cigano possui forte apego comunitário, formando comunidades altamente herméticas para evitar assimilação e descaracterização cultural pela sociedade hegemônica. Assim, ainda que as práticas ciganas variem de acordo com a comunidade em questão, é possível extrair delas uma função comum de preservação cultural.³⁶⁹ Tendo isto em mente, a classificação aqui realizada a respeito dos traços em comum das comunidades ciganas não se pautará numa lógica aristotélica de correspondência, mas sim numa dinâmica de sobreposição, gradação e aproximação, empregando a premissa metodológica das relações de parentesco.³⁷⁰

Em primeiro lugar, destaca-se o seminomadismo cigano refletido nas suas casas, isto é, seus acampamentos e tendas. Este traço cultural refere-se menos a uma efetiva itinerância e mais à noção de portabilidade de fronteiras, haja vista a relação especial que as comunidades estabelecem com o território. Assim, o seminomadismo é um estado de espírito manifestado em suas tendas, acampamentos e caravanas, que traduzem uma potencial mobilidade.³⁷¹

Desta forma, o seminomadismo é a alcunha adotada pela sociedade ocidental hegemônica para captar esta territorialidade cigana, o que não significa tão somente sua mobilidade superior aos povos com residência fixa. No entanto, como se revelará nos julgados dos Tribunais pátrios, trata-se de característica determinante para aplicação da medida cautelar penal de prisão preventiva.

Noutro giro, os costumes ciganos também se chocam frontalmente com a cultura predominante nas sociedades contemporâneas. Com efeito, as comunidades ciganas costumam conferir o mesmo "nome" a uma multiplicidade de pessoas, o que dificulta a identificação civil para fins de reconhecimento estatal,³⁷² de modo que se trata de mais um fator que leva a uma maior predisposição de as autoridades judiciais aplicarem medidas penais preventivas com a preocupação de potencial evasão de um indivíduo cigano suspeito do cometimento de crimes.

Por fim, embora não seja objeto específico do presente artigo, cumpre mencionar as práticas econômicas ciganas e sua marginalização pela sociedade. Isso ocorre notadamente no que diz respeito à prática de quiromancia pelas mulheres ciganas, vista

369 HARRIS, Angela P. Foreword. In: WEYRAUCH, Walter Otto (Ed). *Gypsy Law: Romani Legal Traditions and Culture*. University of California Press, 2001; TEIXEIRA, Rodrigo Corrêa. *Ciganos...* p. 63

370 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico/Investigações Filosóficas*. Fundação Calouste Gulbenkian. 5ª Edição, 2011. p. 228-229

371 TEIXEIRA, Rodrigo Corrêa. *Ciganos...* p. 63-64

372 KUSTERS, Joke. Criminalising Romani Culture through law. In: FOBLETS, Marie-Claire; RENTELN, Alison Dundes. *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*. Oxford and Portland Oregon, 2009. pp. 203-204

como charlatanismo e estelionato. Já os homens possuem um papel muito mais reduzido do que a mulher na atividade econômica, o que reforça, sob uma ótica patriarcal, a figura estereotipada do cigano como preguiçoso e ardiloso.³⁷³

3 – A tutela jurídico-constitucional dos povos ciganos

De início, é oportuno destacar que os ciganos, como qualquer outra pessoa, são titulares dos direitos fundamentais explícitos no artigo 5º da Constituição da República, bem como os implícitos ou constantes de outros artigos da Carta Maior, na forma do catálogo aberto previsto no §2º daquele dispositivo. No momento, entretanto, o objeto de análise será a eventual existência de direitos especiais a grupos ciganos, concedidos em razão da sua própria condição de minoria cultural. Neste sentido, cabe salientar que a Constituição da República não tutelou expressamente os ciganos, estabelecendo apenas no §1º do artigo 215 que o Estado deve proteger, além das manifestações culturais indígenas e afrodescendentes, aquelas *"de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional"*.

A seu turno, a Convenção nº 169 da OIT, internalizada no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 5.051/04, trouxe inúmeras proteções aos *"povos tribais"*, definidos como aqueles *"cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial"*. Decerto, é indene de dúvidas que as comunidades ciganas possuem costumes e práticas socioeconômicas que as distinguem das demais.

Demais disso, a legislação especial igualmente prevê a tutela das comunidades ciganas, conforme se extrai do Decreto nº 6.040/07, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais - PNPCT. Este Decreto delega a competência de implementar o PNPCT – à Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais – CNPCT. Por sua vez, esta Comissão conta com a participação da Associação de Preservação da Cultura Cigana na sua composição. Desde a criação da Comissão, representantes de comunidades ciganas participam de eventos nacionais que buscam a melhor forma de implementar políticas públicas visando à proteção e à promoção dos direitos desse grupo vulnerável.

Nada obstante, a demanda mais relevante em termos normativos e de reconhecimento estatal para tutela dos direitos das comunidades ciganas encontra-se atualmente em tramitação no Senado Federal. Trata-se do Projeto de Lei nº 248/2015, que

³⁷³ LEE, Ronald. The Rom-Vlach Gypsies and the Kris-Romani. In: WEYRAUCH, Walter Otto (Ed). *Gypsy Law: Romani Legal Traditions and Culture*. University of California Press, 2001. p. 196. TEIXEIRA, Rodrigo Corrêa. *Ciganos no Brasil: uma breve história*. Crisálida, Belo Horizonte, 2009. P. 90

cria o Estatuto do Cigano.³⁷⁴ Com efeito, este PLS traz uma série de garantias importantíssimas às comunidades ciganas, embora esteja passando debaixo do radar. A título meramente exemplificativo, transcrevam-se as importantes conquistas lá inscritas em matéria de inviolabilidade de domicílio, direito à preservação cultural e direito à saúde:

Art. 9º Fica assegurado à população cigana o direito à preservação de seu patrimônio histórico e cultural, material e imaterial, e sua continuação como povo formador da história do Brasil

Art. 10. Fica assegurado o atendimento na rede pública de saúde ao cigano *que não for civilmente identificado*.

(...)Art. 13. O poder público elaborará políticas públicas para *assegurar a moradia adequada à população cigana, respeitadas suas particularidades culturais*.

Parágrafo único. ***Os ranchos e acampamentos são partes da cultura e tradição da população cigana, configurando-se asilo inviolável.*** (grifos nossos)

Conforme se extrai dos dispositivos supramencionados, dois dos grandes pontos de choque da sociedade hegemônica com a cultura cigana – a questão do “*nome*” e o seminomadismo – são expressamente abordadas com o intuito de se garantir uma acomodação razoável pelo Poder Público, de modo a preservar as comunidades ciganas com suas devidas peculiaridades. Como se demonstrará na seção 4, este imperativo de acomodação, ainda que não previsto na legislação atualmente em vigor, decorre da aplicação direta do princípio constitucional da igualdade. Sem embargo, cabe antes enfrentar a aplicação da lei processual penal aos povos ciganos.

4 – Mapeamento da jurisprudência pátria em matéria penal: indícios de seletividade cultural

Neste tópico, adentra-se propriamente na hipótese central do presente artigo: o exercício da jurisdição penal pelos Tribunais brasileiros se utiliza de conceitos jurídicos indeterminados para determinar prisões preventivas a indivíduos adeptos da cultura cigana, sem adentrar em aspectos específicos do caso concreto. Em outras palavras, haveria uma seletividade penal oriunda de motivações eminentemente culturais, tais como o seminomadismo e a escassa identificação civil dos indivíduos ciganos.

³⁷⁴ Confira-se a tramitação do PL em tela no seguinte endereço eletrônico: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120952>

Para tal fim, avaliamos a jurisprudência dos Tribunais que abrangem os Estados com maior concentração de acampamentos ciganos – conforme delineado no item 1. A pesquisa não teve recorte temporal, abordando todos os julgados que continham os termos “ciganos”, “cigano”, “ciganas” e “cigana”.

Antes de abordar os julgados sobre o tema, cumpre traçar breves notas legais e doutrinárias sobre a temática da prisão preventiva. Por relevantes, transcrevam-se os dispositivos pertinentes do Código de Processo Penal:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

(...)§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

(...)II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão;

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

(...) Parágrafo único: Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

De acordo com esses preceitos, extrai-se uma característica importante da prisão preventiva: sua excepcionalidade como medida cautelar penal, tratando-se, em verdade, de *ultima ratio* a ser empregada. Neste sentido, vejam-se as lições de Aury Lopes Jr.:

"Portanto, prisão preventiva somente quando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

(...) Ademais, a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. O grande problema é a massificação das cautelares, levando ao que FERRAJOLI denomina 'crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso'.

(...) As medidas cautelares diversas da prisão devem priorizar o caráter substitutivo, ou seja, como alternativas à prisão cautelar, reservando a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado. Não sem razão, o PL n. 4.208/2001 foi ressuscitado com a assumida finalidade de amenizar o caos do sistema prisional brasileiro, que, superando os 700 mil presos, tem quase 50% de presos cautelares, ou seja, aproximadamente 350 mil prisões preventivas (dados aproximados em 2016)".³⁷⁵

Outro elemento prévio que se deve ter em mente quando da análise crítica da jurisprudência pátria é a proporcionalidade da decretação da prisão preventiva. Neste sentido, os incisos I e II do artigo 282 do CPP remetem às noções de "*adequação*" e "*necessidade*" - os dois primeiros estágios da máxima da proporcionalidade. Aliás, ainda que o Código de Processo Penal não o fizesse, tem-se a incidência do princípio da proporcionalidade como próprio corolário do ordenamento jurídico-constitucional.³⁷⁶

³⁷⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017. pp. 27-28 e 99

³⁷⁶ *Ibid.* pp. 27-31

Assim, todas as prisões preventivas deverão passar pela realização destes juízos no caso concreto.

Dito isto, cabe-nos agora trazer os julgados e agrupá-los em dois tipos distintos: *(i)* alguns casos, notadamente os mais antigos, aludem tão somente à mobilidade/itinerância do cigano para decretação da prisão preventiva, sem maiores fundamentações; *(ii)* os demais, valem-se de conceitos jurídicos indeterminados como " *ordem pública*" e " *garantia da aplicação da lei penal*" como trunfos argumentativos para afastar a análise dos requisitos no caso concreto e lançar uma cortina de fumaça na seletividade cultural da decretação da preventiva.

4.1. – A decretação da prisão preventiva fundada explicitamente na condição de cigano do réu

Neste primeiro item, avaliam-se os acórdãos que decretaram a prisão preventiva em razão do pertencimento do réu à etnia cigana. Felizmente, ao que parece, esse tipo de decisão perdeu lugar na retórica judicial, a partir da segunda metade dos anos 2000, muito provavelmente – especula-se – devido a maior penetração da dogmática do constitucionalismo da igualdade e do discurso de direitos.

Em todo caso, é oportuna a exposição dessas decisões com argumentação menos sofisticadas e nas quais a discriminação é mais perceptível, seja porque auxiliam na constatação da discriminação redirecionadas a conceitos jurídicos indeterminados, seja porque o risco de retrocesso em matéria de direitos fundamentais está sempre à espreita. Neste sentido, transcreve-se a ementa do seguinte acórdão do STJ:

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA.

I – ***Não se relaxa prisão preventiva de réu que devido a sua condição de cigano não tem residência fixa*** e que pelas circunstâncias do crime é considerado perigoso.

II – Para se decretar a custódia preventiva não é necessário prova da autoria, mas apenas indícios.

III – Recurso improvido”. (STJ, RHC nº 3.467-0/BA, 6ª Turma, relator: Ministro Pedro Acioli j. em 25 de abril de 1994) (grifos nossos)

No mesmo sentido, vêm, respectivamente, os seguintes acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás e do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

"Habeas-Corpus. *Sendo de vida nômade o paciente, por ser cigano, correta a decisão do juiz que tenha decretado sua custódia cautelar, por conveniência da instrução criminal e para garantia da aplicação da lei penal.* Ordem denegada". (TJGO, HC nº 11842-9/217, 2ª Câmara Criminal, relator Desembargador João Canedo Machado, j. em 14 de outubro de 1993) (grifos nossos)

"Habeas Corpus – Ausência de Comprovação de Residência. *O paciente que afirma ser cigano e viver em acampamentos não tem condições de provar que reside no distrito da culpa*" (TJMG, HC nº 1.000.07.452536-1/000, 3ª Câmara Criminal, relatora Desembargadora Jane Silva, j. em 24 de abril de 2004) (grifos nossos)

Ora, ainda que se admita que à época destes julgados o Código de Processo Penal não havia sido modificado – a inclusão das medidas cautelares penais diversas da prisão, bem como a previsão expressa da verificação de sua necessidade e adequação vieram apenas com a Lei nº 12.403/11 -, o texto constitucional originário traz garantias básicas, como o princípio da igualdade e a individualização da pena, que foram flagrantemente violados nos casos em questão. Estes fundamentos constitucionais serão mais bem desenvolvidos no item 4 do presente artigo.

4.2. – A “ordem pública” e a “aplicação da lei penal” como subterfúgios argumentativos da discriminação velada

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, que conferiu a redação atual aos dispositivos do Código de Processo Penal, os requisitos para decretação da prisão preventiva se tornaram mais rigorosos, tratando-se *ex lege* de medida cautelar penal excepcional. Soma-se a isso a maior penetração do constitucionalismo democrático na retórica judicial e a institucionalização dos direitos fundamentais como normas diretamente aplicáveis, sem intermediação infraconstitucional.

Nada obstante, as concepções dos magistrados e ministros, oriundos de preconceitos enraizados no tecido social, não deixaram de penetrar no discurso jurídico. Notadamente, a forma mais comum de sua expressão, ainda que mediada, é por meio do recurso a conceitos jurídicos indeterminados sem maiores justificações analíticas. Este atalho argumentativo mostra-se presente no caso da decretação da prisão preventiva para ciganos, por meio do recurso a conceitos como “*ordem pública*” e “*aplicação da lei penal*”, senão vejamos:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1.** NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO

DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. **2.** HOMICÍDIO QUALIFICADO. **3.** PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PACIENTE QUE SE EVADIU DO DISTRITO DA CULPA APÓS O CRIME E QUE NÃO TEM RESIDÊNCIA FIXA. NECESSIDADE DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E, SOBRETUDO, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. **4.** *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO (...) **2.** Na espécie, a prisão preventiva do paciente foi decretada e preservada não só em razão da gravidade concreta de sua conduta, desvelada pelo *modus operandi* que coloca em risco a ordem pública, mas também porque após a prática delitiva evadiu-se do distrito da culpa, vindo a ser preso somente no dia 19/4/2013, na cidade de Monte Alegre/MG. ***Além disso, consta, ainda, dos autos que o paciente "é cigano, e é notório o seu hábito de vagar por diversas cidades". Isso determina, nos termos da jurisprudência desta Corte, um maior rigor no exame dos seus requisitos de cabimento. Na análise da legitimidade da prisão preventiva, "o mundo não pode ser colocado entre parênteses. O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser conhecido e valorado para a decretação ou a manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria"*** (HC n.105.585/SP, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 21/8/2012). Desse modo, se as circunstâncias da prática do crime indicam a efetiva periculosidade do agente e a gravidade concreta da conduta, válida a manutenção da custódia cautelar para o resguardo da ordem pública. Precedentes". (STJ, HC nº 276.340 – GO, 5ª Turma, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. em 24 de abril de 2014) (grifos nossos)

HABEAS CORPUS. IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS CONSUMADO E TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. *MODUS OPERANDI*. FUGA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA, A INSTRUÇÃO CRIMINAL E RESGUARDAR A FUTURA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PROCESSO COMPLEXO. PLURALIDADE DE RÉUS (UMA FORAGIDA). NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTA

PRECATÓRIA PARA DIVERSAS COMARCAS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. (...) **4.** No presente caso, a segregação cautelar foi decretada pelo Tribunal estadual, em razão da periculosidade do paciente, evidenciada pelo *modus operandi* empregado (o réu, na companhia de seus dois filhos, realizou diversos disparos contra a vítima, amante de seu terceiro filho, em estabelecimento comercial de grande movimento, chegando inclusive a atingir terceira pessoa. E, após os disparos impedir testemunhas presenciais que acionassem a Polícia Militar e o SAMU, arrancando o aparelho celular de suas mãos). Prisão preventiva justificada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, para a garantia da ordem pública e da instrução criminal. Precedentes. **5. *Soma-se a isso o fato de o paciente ter se evadido logo após o crime, tendo sido preso em outro Estado e ainda por se tratar de cigano e, portanto, não possuir residência fixa.*** **6. *Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando evidenciada a sua insuficiência para acautelar a ordem pública.*** (STJ, HC nº 431.957 - MG, 5ª Turma, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 20 de março de 2018) (grifos nossos)

Noutro giro, é oportuno destacar os seguintes trechos de precedentes, respectivamente, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

*"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PACIENTE PRONUNCIADO PELA PRÁTICA DO CRIME TIPIFICADO NO ART. 121, § 2º, INCISOS III E IV, DO CÓDIGO PENAL. (...) ARGUMENTAÇÃO DE QUE O DECRETO CONSTRITIVO TERIA SIDO FUNDADO EM PRECONCEITO QUANTO À ORIGEM CIGANA DO RECORRENTE. NÃO ACOLHIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA FUNDADA EM ELEMENTOS CONCRETOS DA PRÁTICA DELITIVA ATRIBUÍDA AO PACIENTE E NO *MODUS OPERANDI* INDICATIVO DA SUA PERICULOSIDADE. **FUNDAMENTAÇÃO DA MEDIDA NA SALVAGUARDA DA ORDEM PÚBLICA E NA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, A QUAL FOI MANTIDA NA DECISÃO DE PRONÚNCIA. NÃO VERIFICAÇÃO DE IMPOSIÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR POR DISCRIMINAÇÃO EM RELAÇÃO À ORIGEM CIGANA DO PACIENTE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS AO PACIENTE, POR SI SÓ, NÃO SÃO CAPAZES DE ASSEGURAR A CONCESSÃO DO ALVARÁ DE SOLTURA.** (...) *Não se observa, logo, qualquer indicativo de que a prisão**

preventiva tenha sido decretada por preconceito ou discriminação relativa ao fato do Paciente integrar o povo cigano. (...) Ressalte-se que a decretação da preventiva, originariamente, baseou-se não apenas na conveniência da instrução criminal, mas também na salvaguarda da ordem pública, aspecto este já analisado nos autos do *Habeas Corpus* de nº 0000955-31.2014.8.05.0000." (TJBA, HC nº 0012860-33.2014.8.05.0000, Primeira Câmara Criminal, relator Desembargador João Bosco de Oliveira Seixas) (grifos nossos)

"HABEAS CORPUS - PENAL E PROCESSO PENAL - ART. 171, § 3º, C.C ART. 29, EM CONCURSO MATERIAL COM ART. 304, C.C ART. 299, POR TRÊS VEZES, TODOS DO CP - SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA - FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO - VEDAÇÃO À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - AFASTAMENTO DO DIREITO AO RECURSO EM LIBERDADE - DECISUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - ORDEM DENEGADA. 1- Objetiva o impetrante alterar o decreto condenatório e seus consectários por meio da via célere e limitada do habeas corpus, cujo procedimento é incompatível com a incursão no campo probatório, análise que seria imprescindível para se concluir corretamente pelo regime inicial a ser fixado, bem como pela eventual possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, matérias essas, porém, afetas ao procedimento ordinário e mais amplo da apelação. 2- Em informações prestadas, a autoridade apontada como coatora esclareceu ter dado provimento aos embargos de declaração opostos pelo ora paciente, a fim de corrigir a omissão apontada quanto à falta de fixação do regime inicial e menção à possibilidade de substituição da pena por restritivas de direitos. 3- O MM. Juízo a quo fixou o regime inicial fechado, diante da comprovada personalidade distorcida do paciente, voltada à criminalidade contumaz na prática do mesmo delito, sendo-lhe, pois, desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Pelas mesmas razões, ***sua Excelência negou ao paciente o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, à luz do art. 44, inc. I e III, do CP, e vedou o recurso em liberdade, porquanto apurado nos autos que o paciente não possui residência fixa, já que pertence a grupo nômade de "ciganos", tampouco atividade profissional fixa, pois declarou ser vendedor "ambulante", sendo***

necessária, assim, a sua custódia para garantia da ordem pública.

4- Sentença condenatória devidamente fundamentada. 5- Ausência de constrangimento ilegal. 6- Denegação da ordem". (TRF 3ª Região, HC nº 0013837-15.2014.4.03.0000/SP, relator Desembargador Luiz Stefanini, j. em 27 de agosto de 2014) (grifos nossos)

Da leitura destes julgados, extrai-se que, mesmo nos casos em que o órgão jurisdicional refuta tratar-se de decretação da prisão preventiva em razão da condição de cigano do réu, a prisão preventiva se lastreia na ausência de domicílio fixo ou de residência em acampamento – característica, como visto, constitutiva da identidade cigana. Assim, esta circunstância fática se mostra suficiente – ou ao menos, preponderante – para atrair o enquadramento em motivos de "ordem pública" e "fiel aplicação da lei penal", o que, na prática, significa transformar a exceção – prisão preventiva – em regra para réus ciganos.

Aliás, cumpre trazer novamente as lições de Aury Lopes Jr., que, sob uma perspectiva mais abrangente, põe em xeque a própria constitucionalidade do conceito de "ordem pública" para fundamentar a prisão preventiva:

A prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica nada tem que ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos.

Grave problema encerra ainda a ***prisão para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta à Alemanha da década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão "bem" sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes.***

(...) O art. 312 continha e contém uma "anemia semântica", explica MORAIS DA ROSA 84, pois basta um pouco de conhecimento de estrutura linguística para construir artificialmente esses requisitos, cuja "falsificação" é inverificável. O grande problema é que, uma vez decretada a prisão, os argumentos "falsificados" pela construção linguística são inverificáveis e, portanto, irrefutáveis. Se alguém é preso porque o juiz aponta a existência de risco de fuga, uma vez efetivada a medida, desaparece o (pseudo)risco, sendo impossível refutar, pois o argumento construído (ou falsificado) desaparece.

Para além disso, o preenchimento semântico (dos requisitos) é completamente retórico.

(...) ***Obviamente que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade.*** Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (in mala partem) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública.³⁷⁷ (grifos nossos)

Ainda que não tenhamos condições, no presente artigo, de defender uma inconstitucionalidade do requisito legal de "*ordem pública*", certo é que tal conceito jurídico indeterminado deve ser interpretado à luz da Constituição da República, o que implica, na hipótese de réus ciganos, uma acomodação razoável sobre suas notas culturais características, sob pena de a aplicação da Lei penal gerar um impacto desproporcional sobre essas minorias já estigmatizadas. Esta mesma acomodação como imperativo constitucional, que será analisada em detalhes na próxima seção, deve ser igualmente adotada na hipótese do não tão polêmico requisito da "*aplicação da lei penal*" quando aplicado a ciganos sem domicílio fixo ou que residem em acampamentos.

5 – Do reconhecimento à adaptação razoável: a erradicação da discriminação indireta

Um dos temas mais candentes da filosofia política é a tutela de minorias étnicas. Diferentes filiações teóricas – liberalismo, comunitarismo e teoria crítica – oferecem arranjos e respostas próprias para o debate acerca do multiculturalismo. Para fins da presente exposição, pode-se afirmar, por meio de uma super simplificação do debate, que todas convergem para a necessidade de adoção de políticas de reconhecimento pelo Estado, de modo a acomodar as minorias étnicas e o respeito à sua cultura, que é constitutiva da identidade do indivíduo que a integra.

Estas considerações morais podem auxiliar na formação de conceitos jurídico-constitucionais mais sensíveis às questões de reconhecimento, como, por exemplo, a ideia de discriminação indireta, elaborada a partir do princípio da igualdade. Daniel Sarmento, em artigo dedicado ao tema, traz as origens e as premissas deste conceito:

Também é de grande importância discriminação indireta, correlacionada à teoria do impacto desproporcional. ***Esta pode ser***

³⁷⁷ *Ibid.* pp. 74-76

utilizada para impugnar medidas públicas ou privadas aparentemente neutras do ponto de vista racial, mas cuja aplicação concreta resulte, de forma intencional ou não, em manifesto prejuízo para minorias estigmatizadas. A discriminação indireta difere da discriminação de facto porque, nesta segunda, a norma pode ser aplicada de forma compatível com a igualdade. Já na discriminação indireta, tem-se uma medida cuja aplicação fatalmente irá desfavorecer um grupo vulnerável (...).

A teoria em questão surge nos Estados Unidos no começo da década de 70, após o fim das políticas públicas de conteúdo segregacionista naquele país. Àquela altura, a Suprema Corte norte-americana já firmara orientação sobre a necessidade de submissão a um controle estrito e rigoroso de constitucionalidade de normas que instituísem discriminações baseadas em critérios raciais. ***Porém, em determinados casos, a ofensa à igualdade poderia ocultar-se em um texto normativo aparentemente neutro. Daí passou-se a atribuir grande importância à análise do impacto da medida sobre grupos estigmatizados.***³⁷⁸ (grifos nossos)

Assim, uma norma aparentemente neutra em seu conteúdo – como a ideia de “*ordem pública*” e de “*aplicação da lei penal*” – pode ter sua interpretação condicionada à luz do princípio da igualdade, se verificado que dado sentido que lhe é conferido atingirá desproporcionalmente um grupo minoritário – *in casu*, o réu cigano em processo criminal.

Noutro giro, a ideia de adaptação razoável, igualmente oriunda do princípio da igualdade numa acepção substantiva, é especialmente importante para tutela de minorias étnicas. Conforme destaca Letícia Martel, o conceito surgiu na legislação norte-americana para combater a discriminação no mercado de trabalho, mas começou a ser mais detalhadamente analisado em casos de práticas religiosas.³⁷⁹ Após ampla análise do conceito na jurisprudência norte-americana, canadense e europeia, Martel oferece uma definição, tendo por base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

378 SARMENTO, Daniel. A Igualdade étnico-racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: _____. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006. p. 148-149.

379 Para uma análise da acomodação razoável de práticas religiosa à luz da filosofia política, cf: NUSSBAUM, Martha. *Liberty of Conscience: In defense of America's Tradition of Religious Equality*. Basic Books, 2008. p. 116-134

(a) adaptação razoável é conceito que modifica o conteúdo jurídico da discriminação, que passa a ser configurada caso não haja oferta de adaptação razoável *até o limite do ônus indevido*;

(b) as pessoas com deficiência, à luz do modelo social combinado a elementos do biomédico, são titulares de um direito fundamental à adaptação razoável até o limite do ônus indevido nos mais diversos ambientes. Outros sujeitos poderão titularizar o direito fundamental à adaptação razoável, até o limite do ônus indevido, passo de inclusão que deve ser analisado caso a caso;

(c) adaptação compreende modificações, ajustes, amoldamentos e mesmo flexibilizações no *ambiente material e normativo* no qual é pleiteada, mediante emprego das mais diversos mecanismos;

(d) razoável é a adaptação *eficaz* para o indivíduo ou grupo, incluindo-se na ideia de eficácia a prevenção e a *eliminação da segregação, da humilhação e da estigmatização*;

(e) a adaptação razoável há de ser produto de um *processo de diálogo entre os envolvidos*;

(f) a defesa à adaptação razoável é o ônus indevido. Em essência, o ônus será indevido quando: (g.1) adotar uma adaptação obliterar *exageradamente* o objetivo da medida geral, ensejando *riscos à segurança, saúde, bem-estar* etc.; (g.2) no balanceamento de *custos e benefícios*, a adaptação mostrar-se demasiadamente custosa. Frisa-se que a análise de custos e benefícios *não se restringe aos elementos econômicos*, nem se esgota nos sujeitos ativo e passivo especificamente implicados.³⁸⁰

De acordo com estes *standards*, fica evidente que a adaptação razoável na hipótese vertente não gera um ônus indevido. Explica-se. A função da prisão preventiva, tal como modelada na redação atual do Código de Processo Penal, consiste em servir como *ultima ratio*, isto é, deve ser decretada quando da impossibilidade da adoção de qualquer medida prevista no artigo 319 daquele diploma normativo. Por outro lado, caso se admita que a ausência de residência fixa é requisito suficiente para sua incidência, sua aplicação para réus ciganos redundaria na sua degeneração, transfigurando-se em regra e desvirtuando a lógica das cautelares penais. Assim, tanto da perspectiva do Estado, quanto da

380 MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação Razoável: O novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. 14ª edição. Disponível em: http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo14.php?artigo=14.artigo_05.htm

perspectiva do indivíduo adepto da cultura cigana, a adaptação é medida de coerência normativa e da adequada tutela dos direitos fundamentais em jogo.

Por fim, verifica-se a existência de um canal infraconstitucional para adoção da acomodação da legislação processual penal para povos ciganos, qual seja, o artigo 8º da Convenção Internacional da OIT nº 169, internalizada pelo Decreto nº 5.051/04:

“Artigo 8º

1. - Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. - Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3 - ***A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes***”. (grifos nossos)

Como se pode ver, este dispositivo traz verdadeira regra de hermenêutica inclusiva, demandando que a aplicação da lei nacional seja interpretada com a devida consideração dos costumes da comunidade tradicional. Não é demais ressaltar que os tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio possuem hierarquia supralegal e infraconstitucional, razão pela qual os dispositivos do Código de Processo Penal devem ser lidos à luz das peculiaridades ciganas, sem discriminar os adeptos desta cultura.

6 – Conclusão - O Supremo Tribunal Federal e seu papel contramajoritário: em defesa dos direitos das comunidades ciganas

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional se extrai classicamente de sua aptidão de proteger os direitos fundamentais, ainda que contra a vontade política majoritária, visto se tratarem de verdadeiros trunfos das minorias em face das maiorias, excluídos, portanto, do cálculo político majoritário. Esta concepção robusta de democracia

não se resume no governo da maioria, mas também no tratamento de cada indivíduo com igual respeito e consideração.³⁸¹

Neste sentido, é inequívoco que a tutela dos direitos dos ciganos – minorias por excelência – legitima uma atuação institucional proativa do Supremo Tribunal Federal, no sentido de conceder interpretação conforme à Constituição dos requisitos de decretação da prisão preventiva, de modo a evitar um impacto desproporcional sobre aquele grupo étnico.

Evidentemente, contudo, o STF necessita ser provocado por meio do controle difuso ou concentrado de constitucionalidade para fixar o respectivo entendimento. Por outro lado, a maior chance de a Corte Suprema ser instada a tratar do tema certamente será pela via do Habeas Corpus. De toda sorte, propõe-se a seguinte tese para eventual julgamento futuro: a decretação da prisão preventiva para réus ciganos não pode se basear única e exclusivamente na ausência de domicílio fixo, não podendo esta circunstância ser requisito suficiente para enquadramento na preservação da "*ordem pública*" ou da "*aplicação da lei penal*", devendo-se priorizar, em qualquer caso, as medidas cautelares penais previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, considerado o dever de adaptação razoável decorrente das particularidades culturais dos indivíduos daquela etnia, na forma do art. 5º, §2º e 215, §1º CF e do art. 8º da Convenção Internacional da OIT nº 169, internalizada pelo Decreto nº 5.051/04.

Esta tese, caso adotada na oportunidade em que o STF venha a enfrentar o tema, exercerá uma tríplice função: **(i)** da perspectiva do réu cigano, haverá, obviamente, uma patente afirmação de reconhecimento de sua particularidade cultural, colmatando um ponto cego da normatividade hegemônica, além de garantir seu direito a não discriminação e à individualização da pena; **(ii)** por sua vez, o instituto das medidas cautelares penais não terá mais sua *ratio* subvertida, uma vez que a segregação cautelar permanecerá sendo exceção, mesmo na hipótese de réus ciganos; e **(iii)**, por fim, haverá um efeito pedagógico e institucional nas instâncias inferiores, que não mais poderão velar eventual preconceito cultural por meio de sua recondução a conceitos jurídicos indeterminados. Trata-se, em suma, de claro avanço civilizatório.

7 - Referências

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Malheiros Editores, 17ª Edição, 2010.

381 A legitimidade democrática da jurisdição constitucional é posta em xeque sobretudo pelo argumento da sua "dificuldade contramajoritária" do Poder Judiciário, que consiste no fato de juízes não eleitos invalidarem normas editadas pelo legislador, este sim ungido pelo batismo popular. Para desenvolver o ponto, cf: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014. pp. 35-40

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Editora Saraiva, 29ª Edição, 2010.

HARRIS, Angela P. Foreword. In: WEYRAUCH, Walter Otto (Ed). *Gypsy Law: Romani Legal Traditions and Culture*. University of California Press, 2001

KENRICK, Donald. *Historical Dictionary of the Gypsies (Romanies)*. 2nd Edition. The Scarecrow Press Inc. 2007

KUSTERS, Joke. Criminalising Romani Culture through law. In: FOGLETS, Marie-Claire; RENTELN, Alison Dundes. *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*. Oxford and Portland Oregon, 2009

LEE, Ronald. The Rom-Vlach Gypsies and the Kris-Romani. In: WEYRAUCH, Walter Otto (Ed). *Gypsy Law: Romani Legal Traditions and Culture*. University of California Press, 2001

LEWY, Guenter. *The Nazi persecution of the Gypsies*. Oxford University Press, 2000

LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões Cautelares*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Adaptação Razoável: O novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*. 14ª edição. Disponível em: http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo14.php?artigo=14,artigo_05.htm

NUSSBAUM, Martha. *Liberty of Conscience: In defense of America's Tradition of Religious Equality*. Basic Books, 2008

SARMENTO, Daniel. A Igualdade étnico-racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "de facto", teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: _____. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional*. 2ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2014

TEIXEIRA, Rodrigo Corrêa. *Ciganos no Brasil: uma breve história*. Crisálida, Belo Horizonte, 2009

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico/Investigações Filosóficas*. Fundação Calouste Gulbenkian. 5ª Edição, 2011

AS CONSEQUÊNCIAS DO ARMAMENTO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

VINICIUS ALVES DOS REIS:
bacharelado em Direito pela Santa
fé do Sul-SP
ADEMIR GASQUES SANCHES382
(orientador)

RESUMO: O trabalho acadêmico apresenta como principal objetivo realizar um estudo sobre a flexibilização do armamento da população brasileira. De início, tem-se a análise da história de como encaminharam-se as leis que entornam a flexibilização das armas de fogo, bem como coloca-se em pauta o agravo da situação e o risco que o governo corre em colocar a segurança nas mãos de seus cidadãos. Em apertada síntese, o presente trabalho apresenta também os numerários de casos de feminicídios, homicídios, suicídios e chacinas, por conta do alto valor desembolsado para manter uma arma de fogo legalizada haverá a amplificação da desigualdade social e o tráfico será abastecido pela ilegalidade. Ainda, o trabalho acadêmico trás os decretos que permitem a posse e porte de armas de cidadãos, as consequências do livre armamento e como o país ficará após a aprovação destas decisões. Este artigo foi realizado por meio de leitura e interpretação de livros, textos, pesquisas, artigos acadêmicos e estudo de casos concretos.

Palavras-chave: Violência. Segurança Pública. Políticas públicas. Armas de Fogo. Porte. Posse. Direito penal.

ABSTRACT: The academic work presents as a central purpose to carry out a study on the free armament of the Brazilian population, the story was presented, of how the government dealt with the possession of weapons at the beginning of the colonization of Brazil by Portugal, how they exercised their laws and how they were changing over the years until today, comparing the disarmament laws implemented in 2003 under the Lula government, the current president Jair Messias Bolsonaro was elected with the proposal to arm the population, with that in 2019 at the beginning of his term he developed the flexibilization of the 2003 decree. In a didactic way the academic work will be presented the decrees that allow the possession and possession of weapons of citizens, what are the consequences of free armament and how the country would be with these decisions. This article was carried out through the reading and interpretation of books, texts, research, academic articles and case studies.

Keywords: Violence. Public security. Public policy. Firearms. Postage. Possession. Criminal law.

1 INTRODUÇÃO

O porte de armas é um assunto que está em alta nos últimos anos no Brasil. A pauta foi levantada pelo atual presidente Jair Messias Bolsonaro que veio com a proposta de armar civis com o objetivo de proteção e esporte. Ele foi o primeiro presidente a possibilitar a flexibilização das armas como defesa pessoal.

A pesquisa deste trabalho científico foi realizada por meio de pesquisas em sites na internet onde consultamos entrevistas de especialistas, vítimas e infratores, tendo a dimensão e posicionamento de todas as partes perante o cenário atual. Foi efetuada a coleta de dados através de fontes de pesquisas aprofundadas de forma descritiva, onde foi analisado o problema de modo imparcial. Foi analisado a problemática da flexibilização do armamento de forma quantitativa para a elaboração deste T.C.C.

O trabalho apresentará a evolução das leis no Brasil sobre armas de fogo, e suas recentes alterações. Com a entrada do governo atual, o porte de armas foi assiduamente estimulado, tendo em vista que na Constituição constava o Decreto de Desarmamento. Foram feitas alterações, que na visão de muitos é uma liberação inconstitucional para poder fazer de sua promessa de campanha concluída, mas para isso não foi discutido de forma clara suas consequências.

Estudiosos falam do aumento das porcentagens de mortes e podemos ver exemplos de países desenvolvidos onde o armamento da população traz consequências maléficas como o aumento de homicídios, suicídios e chacinas.

Mulheres, crianças e jovens são os que mais serão afetados com essa decisão, visto que o feminicídio e a criminalização irá entrar em ascensão pelo fácil alcance a armas de fogo. Com essas informações, especialistas discorrem sobre as consequências.

Este assunto deve ser discutido pois é um passo muito além do direito de posse. O trabalho irá discorrer sobre as consequências do novo Decreto de Lei, comentando sobre as alterações do decreto 5.123 de 1 de junho de 2004, intervenções e o que especialistas comentam sobre o assunto.

O tema está sendo debatido no Supremo Tribunal Federal pois muitos alegam a inconstitucionalidade da mudança do decreto. Com a decisão, o Brasil deve se munir de forma para garantir a segurança da população. Através de pesquisas na internet, leitura de artigos acadêmicos e reportagens veremos sobre as consequências da posse de armas e o impacto trazido para a população.

2 HISTÓRIA DO ARMAMENTO BRASILEIRO

No Brasil, eram exercidas leis rigorosas contra o armamento da população. Estas leis vieram na virada do século XX para XXI. No início da história do país, entre os anos de 1603 a 1830 segundo as ordenações e leis do Reino de Portugal não era permitido a posse de arma de chumbinho ou similares.

Quando o Brasil não era mais dependente de Portugal, no ano de 1831, era apenas permitido o uso de armamentos por membros autorizados pelo juízo de paz. Após 1890, com a proclamação da República os crimes que empregavam armas de fogo transpuseram de agravante denominado como superioridade em armas. A produção de arma de fogo era estrita para autoridades policiais, onde para a fabricação era necessária uma licença.

Em 1934, já na Era Vargas onde houveram mudanças de legislação, foi feito um decreto que o órgão que controlaria a fabricação de armas, munições e explosivos seria o Exército Brasileiro. Posteriormente, em 1941 portar arma de fogo fora de sua residência tornou-se crime, ou seja, o porte de armas passou a ser crime no país.

Em 1997, durante a regência de Fernando Henrique Cardoso, foi instaurada a Lei nº 9.437 que instituiu o órgão do Ministério da Justiça na esfera da Polícia Federal, com atuação em toda extensão do território brasileiro denominado Sistema Nacional de Armas (SINARM). Este órgão passou a ser encarregado de registrar as apreensões de arma de fogo, tanto as apreendidas como as de policiais e judiciais. Neste período, passou a ser obrigatório a comprovação por meio de documentação a plena capacidade do portador de manusear a arma.

Esta lei trouxe consideráveis novidades no que tange a comercialização e emprego ilícito de armas de fogo. Aquele que dispor, trazer consigo, anunciar a venda cometerá um único crime com detenção de 01 (um) a 02 (dois) anos e multa. Não era necessário a consumação de mais de um desses comportamentos para o enquadramento de crime. Ou seja, para o causador sempre resultará em uma única violação. Por aplicação do princípio da alternatividade, ou seja, vários feitos cometidos e previstas em um mesmo artigo.

Durante o mandato do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 2003, foi publicada a Lei nº 10.826, reduzindo a circulação de armas e impedindo a posse ilegal de arma de fogo. Esta lei ficou conhecida como Estatuto do Desarmamento. Com isso, os únicos que poderiam ter a posse de armas era apenas pessoas com formação profissional, onde há exigência da profissão de forma comprovada, estritamente para atividades profissionais. Em 2005, foi elencado a proibição da comercialização de armas, mas de acordo com o art. 35 do Estatuto do Desarmamento, essa ressalva não pôde entrar em vigor.

Já no ano de 2019, no início do seu mandato, o presidente Jair Messias Bolsonaro flexibilizou a posse de armas. Assim, indo de encontro com o estatuto mencionado anteriormente.

3 FLEXIBILIZAÇÃO DA POSSE DE ARMAS

A posse nada mais é que a autorização da compra e registro de arma de fogo e munição na residência ou local que o portador da autorização exerça seu ofício e seja o responsável legal do local, assim não sendo autorizado a livre locomoção do indivíduo portando arma de fogo junto a si, sua autorização só permite que esta fique em local seguro - em casa ou estabelecimento de trabalho que seja responsável legal do mesmo. Para adquirir a posse, o indivíduo deve passar por exames de avaliação para parecer técnico e psicológico para o manuseio de arma de fogo, ter mais de 25 anos, trabalho e residência fixa.

Já o porte é a homologação do cidadão de transitar fora de sua residência ou local de trabalho com arma de fogo junto a si. Segundo o do Estatuto do Desarmamento, a Lei nº 10.826 de 22 de dezembro de 2003, o porte foi permitido somente para membros da segurança pública, Forças Armadas, policiais e agentes de segurança privada.

Mesmo seguindo todos os pressupostos, não são todas as armas que põem ser comercializadas no Brasil, há requisitos para que o indivíduo adquira a posse. Armas como fuzis e metralhadoras não são autorizadas pois não são consideradas armas de defesa pessoal.

No Brasil, quem é encarregado de fiscalizar tudo que diz respeito a armas de fogo é a Polícia Federal e o Exército.

Com a promessa de proporcionar a posse de armas para a população de forma mais branda, o presidente Jair Messias Bolsonaro se elegeu com esse comprometimento com seus eleitores, com o início do seu mandato, nos primeiros dias ele se incumbiu de colocar sua promessa em prática, assim colocando em execução o DECRETO Nº 10.628, DE 12 DE FEVEREIRO DE 2021 de fogo em todo país, entrando em vigência no dia 15 de janeiro de 2019 pela publicação do Diário Oficial da União.

Segundo a Lei nº 10.826 de 2003, quem tinha a autorização do manuseio e posse eram os profissionais que precisam de armamento para exercer sua profissão, como agentes de segurança pública, constituintes do Exército ou colaboradores de companhias privadas de segurança.

Hoje a lista de exigências é mais branda, enquanto a de alterações para adquirir armas de fogo está mais extensa. Segundo o portal Agência Brasil o Decreto passa a ser vigente as modificações:

Art. 1º O Decreto nº 9.845, de 25 de junho de 2019, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, são adotadas as definições e classificações constantes do Anexo I ao Decreto nº 10.030, de 30 de setembro de 2019.

§ 1º O Comando do Exército estabelecerá os parâmetros de aferição e a listagem dos calibres nominais que se enquadrem nos limites estabelecidos nos incisos I, II e IV do **caput** do parágrafo único do art. 3º do Anexo I do Decreto nº 10.030, de 2019, no prazo de sessenta dias, contado da data de publicação deste Decreto.

....." (NR)

"CAPÍTULO II

DA AQUISIÇÃO E DO REGISTRO DE ARMA DE FOGO ADMINISTRADA
PELO SISTEMA NACIONAL DE ARMAS

Art. 3º Para fins de aquisição de arma de fogo de uso permitido e de emissão do Certificado de Registro de Arma de Fogo administrada pelo Sistema Nacional de Armas - Sinarm, o interessado deverá:

§ 4º O comprovante de capacidade técnica de que trata o inciso VI do **caput** deverá ser expedido por instrutor de armamento e de tiro credenciado pela Polícia Federal no Sinarm e deverá atestar, necessariamente:

§ 8º O disposto no § 1º aplica-se à aquisição de até seis armas de fogo de uso permitido, de porte ou portáteis, não dispensada a caracterização da efetiva necessidade se presentes outros fatos e circunstâncias que a justifiquem, inclusive para a aquisição de armas de fogo de uso permitido em quantidade superior a esse limite.

§ 8º-A Os ocupantes dos cargos de que tratam os incisos I, II, V e VI do **caput** do art. 6º da Lei nº 10.826, de 2003, os membros da magistratura, do Ministério Público e os integrantes das polícias penais federal, estadual ou distrital, e os agentes e guardas prisionais, além do limite estabelecido no § 8º, poderão adquirir até duas armas de fogo de uso restrito, de porte ou portáteis, de funcionamento semiautomático ou de repetição.

§ 13. Os profissionais de que tratam os incisos I, II, III, IV, V, VI, VII e X do **caput** do art. 6º da Lei nº 10.826, de 2003, e os atiradores desportivos com Certificado de Registro de Arma de Fogo válido, que possuam armas apostiladas no acervo de atirador, que estejam credenciados junto à Polícia Federal como instrutores de armamento e tiro poderão utilizar as suas armas registradas no Sistema de Gerenciamento Militar de Armas - Sigma para aplicar os testes de tiro para fornecimento do comprovante de capacidade técnica.

§ 14. O cumprimento dos requisitos legais e regulamentares necessários ao porte e aquisição de armas de fogo dos servidores de que tratam os incisos X e XI do **caput** do art. 6º da Lei nº 10.826, de 2003, dos membros da magistratura e do Ministério Público poderá ser atestado por declaração da própria instituição, na forma estabelecida pela Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia, pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, respectivamente, adotados os parâmetros técnicos estabelecidos pela Polícia Federal." (NR)

Art. 2º Ficam revogados os incisos I ao XII do **caput** do art. 2º do Decreto nº 9.845, de 2019.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.(BOLSONARO, 2021)

Este decreto fragiliza a segurança pública, visto que a Constituição assegura a proteção à vida. Por outro lado, a propagação exacerbada de armas vai contra isso, tornando o Brasil um lugar perigoso, instaurando o medo, fazendo com que as pessoas fiquem em alerta torcendo para que não utilizem as armas em qualquer conflito.

Com o novo Decreto, a Política Federal vai contra o Estatuto do Desarmamento criado em 2003, onde havia enrijecido a política de armamento na população, ele continua em vigor, mas com alterações resultando no aquecimento do mercado de armas no Brasil onde vemos um número exorbitante de armas de fogo que chegou nas mãos dos cidadãos.

Entre os anos de 2012 a 2018, foi totalizado o número de 303 mil armas registradas, já no período de 2019 a 2020 chegou ao número de 320 mil novas armas na Polícia Federal, ou seja, em um ano o número de armas circulando no país ultrapassou o de seis anos atrás. As autorizações foram cedidas pelo exército aos 'CACs' colecionadores, atiradores esportivos e caçadores.

O Instituto Igarapé é uma ONG direcionada a segurança pública e aos direitos humanos, segundo uma de suas diretoras Melina Risso, a única política pública idealizada pelo atual presidente é a dissipação de armas para a população estando longe de ser o ideal.

Quando o governo anuncia que os cidadãos devem se defender, ele tira a responsabilidade da Polícia. Precisamos ter em vista que o armamento legalizado tem preços elevados, gastos com armas, munição, cursos de manuseio. Assim, a solução para a maioria dos cidadãos interessados e sem recursos financeiros é adquirir armas e munições sem registros, deixando o cidadão armado sem qualificação adequada e infringindo as leis.

As armas nas mãos dos civis irão aumentar o número de homicídios e suicídios. Inclusive, a criminalidade irá entrar em um crescente, e, conseqüentemente, aumentando o número de mortes.

Atualmente brigas de bar e trânsito podem acabar em mortes, agora, na pior das hipóteses acaba em agressão já com este Decreto não saberemos quem está armado ou não, trazendo risco não só para os envolvidos como também para inocentes ao redor.

Armas não são instrumentos de defesa, mas de ataque. A vítima, mesmo com uma arma em casa não tem o elemento surpresa, como esta fica escondida em um local seguro, a vítima não tem chance de usá-la, pois o meliante planeja o ataque de surpresa.

Apesar do alcance facilitado, pleitear armas e munições são mais difíceis para uma parcela da população pois requer desembolsar uma grande quantia para manter armas.

4 INCOSTITUCIONALIDADE DO DECRETO

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin, alega inconstitucionalidade dos Decretos nº 5.123/2019, 9.785/2019 e 9.845/2019. O Partido Socialista Brasileiro (PSB) entrou com uma ação contra os decretos.

O Decreto foi analisado por especialistas e houve o entendimento que ele fere o direito à vida e à segurança, porque com a facilitação do livre armamento, o número da criminalidade e violência irá se agravar de forma mais rápida e intensa, indo contra as normas do Estatuto do Desarmamento. Com isso as armas irão chegar de forma exacerbada nas mãos de grupos historicamente desfavorecidos e marginalizados.

Não há indicativo prático de que o fácil acesso a armas pela população assegure a segurança, prejudicando, também, a fiscalização.

Foi criado quatro decretos pelo presidente Jair Bolsonaro para flexibilizar as normas de aquisição de armas de fogo e munições, estes decretos entraram em vigor no dia 12 de

abril de 2021. O presidente já modificou cinco vezes o estatuto com o intuito de estender e promover o alcance de armas de fogo e munição.

Houve algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que questionaram os Decretos nº 10.627, 10.628, 10.629 e 10.630/2021, alegando que eles vão de encontro com a Lei de Desarmamento, que gerou uma imposição da Ministra do Tribunal Federal, Rosa Weber, a ministra decidiu antecipar a decisão mesmo com o julgamento marcado. A sua decisão saiu horas antes da entrada em vigor dos quatro decretos presidenciais em uma decisão monocrática, ou seja sozinha suspendeu trechos polêmicos que foi assinado pelo presidente. Ela destacou que a livre circulação de cidadãos com múltiplas armas vai de encontro com os valores da segurança pública, criando um risco incompatível com os ideais constitucionalmente consagrados.

Na decisão tomada foi expressa em cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 6675, 6676, 6677, 6680 e 6695 iras ser acolhendo uma adi (???) para a suspensão do decreto, partidos protestam a alteração das normas de modo significativo estimulando milícias armadas.

A medida previa a efetividade dos decretos onde falam sobre os seguintes termos: egresso do comando praticado pelo exército sobre munições para armas até 12,7 mm, máquinas, prensa e inúmeros tipos de miras.

5 CONSEQUENCIAS DO LIVRE ARMAMENTO

Com o livre comércio de armas e a facilidade de adquirí-las, o Brasil se tornará um lugar de tensão e perigo para a população. Após a emissão do Decreto subentende-se que a população terá em suas mãos a missão de se defender, transferindo esta tarefa do Estado, este Decreto não será o suficiente para o problema de violência e segurança.

Segundo matéria publicada no portal do g1 países que contém a maior flexibilização de armas são os mais perigosos, podemos ver o exemplo do México e Estados Unidos, segundo informações da empresa IHS Markit que é a fonte mais profunda de informações e análise no mundo, o mercado de equipamentos e serviços dos Estados Unidos movimentou US\$ 2,7 bilhoes em 2017, a media de escolas utilizando sistemas de segurança chegou a 20% no ano de 1999 para mais de 70% em 2013. Apesar de todas as medidas de segurança tomadas houve um levantamento de informações pela organização Education Weekly que registrou 23 casos com 113 mortos e feridos em escolas americanas em 2018. As pessoas que defendem a ideia do livre armamento geralmente se baseiam no exemplo dos Estados Unidos onde a venda de armas é liberada, o índice de assassinatos por arma de fogo é 25 vezes superior à dos demais países desenvolvidos. A taxa de óbitos de crianças por arma de fogo é duas vezes maior nos estados mais flexível ao porte de armas de fogo.

As escolas tiveram que ser preparadas para massacres, já que acaba sendo comum ocorrer este tipo de situação por conta do fácil alcance de crianças e adolescentes de obter armas, apesar de medidas tomadas para a prevenção, como câmeras, detectores de metais e treinamento para as crianças e professores, segundo o relatório da IHS Markit o número de tiroteios em escolas permanece constante nos últimos 30 anos. Entre 2001 e 2011, o número de óbitos com armas de fogo surpreendem, visto que são 40 vezes maiores que os mortos em ataques terroristas, segundo o Departamento de Justiça.

A Suíça é o terceiro país em que armas e habitantes são proporcionais, ela ocupa a posição 11º do ranking na taxa de homicídios por arma de fogo sendo que 43% são domésticos, ou seja, uma taxa altíssima.

Há uma falsa ideia de que estar armado garante proteção, esta é uma sensação ilusória de segurança, segundo o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais as vítimas armadas tendem a ter 56% mais de risco de serem mortas pelo assaltante.

As armas em casa causaram um aumento no número de mortes, elevando os riscos aos moradores da residência em especial as mulheres, o decreto exige que a arma seja mantida em um local seguro, caso more crianças, adolescentes ou pessoas com deficiência mental, mas com a crescente demanda irá dificultar as fiscalizações representando um risco para a própria família.

Segundo relatos dos próprios assaltantes os ladrões não se intimidam com armas de fogo. Isso facilita para que atirem para matar, já que a vítima tem chance de ferí-los, pensam que se agirem de forma diferente podem ser mortos. Depois de renderem a vítima é feito uma revista na casa ou carro para garantir que não a armas, caso encontrem armas de fogo os bandidos comemoram, eles não ficam com a arma pois o dono pode ter cometido algum crime com ela podendo recair sobre ele, então a solução é "repassar" a arma, vendendo as tornando o assalto mais lucrativo.

Com a flexibilização do porte de armas, o tráfico ficará fomentado, pois é um meio de fácil acesso e mais acessível para pessoas de baixa renda, como sabemos o custeio de manter uma arma de fogo na residência ou comércio é elevado. O portador terá o custo da arma, munição, cursos para o manuseio adequado, coletes e licença.

Caso o cidadão obtenha a arma de forma ilegal o custo barateia, assim, o tráfico de armas de fogo irá entrar em um crescente, aquecendo a proliferação de traficantes assim contribuindo para a obtenção de poder de fogo nas mãos de crianças, jovens e adultos colaborando para a marginalização e o tráfico.

Dados adquiridos pelo Ministério de Justiça revelam que no início de 2010 metade das armas de fogo que circulam pelo Brasil foram adquiridas de maneira ilegal através do

tráfico. Desta maneira, não é possível certificar, fiscalizar e assegurar a segurança da população.

O tráfico de armas certamente está interligado ao tráfico de drogas e ao crime organizado, pois para a produção de substâncias ilícitas, precisa haver uma grande movimentação destes grupos. Por conta disto, especialistas discorrem sobre a questão a ser resolvida.

Existe uma crença de que a maior porcentagem de armas ilegais que adentram ao país são de origem internacionais, acreditando que a melhor maneira de estancar este encharque de contrabando seria monitorar e controlar as fronteiras do país, ressaltando que o Brasil possui 23.102km de fronteira, sendo que 15.735km terrestre e 7.367 marítimas, a grande concentração de contrabando de armas é no perímetro da fronteira com o Paraguai.

Escortar as fronteiras é muito importante, mas é um equívoco pensar que somente esta medida irá conter a entrada de armas de fogo. A maior parte delas são fabricadas no próprio país sendo desviadas através de assaltos e corrupção.

Segundo o site Brasil Escola, foram divulgadas pesquisas sobre o número de armas ilegais no Brasil e suas origens.

Segundo os dados divulgados em 2010 pelo Ministério da Justiça – levantados pela organização *Viva Rio* –, o **número de armas ilegais no Brasil** chega a 7,6 milhões e, se tais dados fossem atualizados, certamente o número seria bem maior. Desse total de armas, 80% são de fabricação nacional, muitas delas até de origem legal, mas que acabam entrando para o mercado clandestino após roubos, corrupção das polícias e outras causas.

Já do total de **armas ilegais de origem estrangeira**, mais da metade advém dos Estados Unidos, 16,7% são da Argentina, 6,9% da Espanha e 6,4% da Alemanha, países que atuam, portanto, como os principais exportadores. Outro dado que merece destaque é que, dentre as armas de fabricação nacional apreendidas do crime organizado, 30% possuem registro legal, no entanto, foram parar na ilegalidade. (PENA, 2021)

O combate ao tráfico de armas deve ser um tema a ser destacado na tomada de decisões, pois com este decreto encontraremos uma onda de mortes e cidadãos armados. O combate é um tema que deve ser pensado no momento, mas que sua resolução será a longo prazo. Especialistas não chegaram em um consenso, mas é de entendimento de

todos que a medida necessária para atuar neste foco é o combate do tráfico de drogas, deve ter uma maior atenção do Estado nesse tema, principalmente na interceptação de matéria prima e mercadorias. Outra forma seria uma fiscalização mais rigorosa nas instituições públicas buscando impedir a chegada ao mercado clandestino.

Não tem como combater o tráfico em um curto prazo de tempo. Medidas emergenciais devem ser tomadas para tentar amenizar a violência causada pelas armas de fogo, tendo em vista que o Brasil é o líder mundial em mortes por armas ilícitas, segundo matéria do portal Super Interessante foi publicado em uma revista científica denominada JAMA pesquisas referentes ao ano de 2016 apontando que o Brasil lidera com 43.200 mil mortes, 94% por homicídios. Vale ressaltar que a violência vai além do tráfico de armas, tem sua complexidade é vinculada a questões sociais.

O feminicídio é algo a se atentar, visto que com a flexibilização do porte de armas o aumento de armas de fogo em circulação irá aumentar de forma alarmante os crimes contra a mulher, os crimes de violência domésticas são muito presentes no nosso país, com o acesso a armas de fogo muitas irão se tornar vítimas.

Caso este tema não seja estudado, todas que estiverem sob um relacionamento abusivo podem ser vítimas. Caso o Estado não tome partido nesta questão ele estará colaborando para que a morte destas mulheres seja apenas parte de uma estatística, para eles será apenas mais um número em um gráfico ou pesquisa.

Segundo os dados do Mapa de Violência 2015- ONU o Brasil ocupa a 5ª posição no ranking mundial em feminicídio, a vítima de violência doméstica tem maiores chances de ser morta pelo cônjuge, caso este tenha armas de fogo em fácil acesso. Quanto mais agressivo, mais violento o ataque, com esses quesitos, maior a chance de ser praticado o feminicídio.

O Estado deve recolher armas de pessoas com condenações anteriores por crimes graves de violência. Devem ser recolhidas as armas de agressores que cometeram crimes de abuso doméstico. Podemos ver que nos Estados Unidos estados que desenvolveram políticas mais rígidas em decorrência dos fatos anteriores apresentam uma diminuição nos números de homicídios dos cônjuges.

O Projeto de Lei nº 3.138/19 determina que a Polícia Federal retire armas de fogo que está sob o cuidado de autoridades e agentes investigados por violência contra mulher ou com medidas protetivas. Caso suceda de fato uma condenação, o indivíduo terá de forma permanente a cassação definitiva do porte de arma de fogo. Para que isso fosse possível foi feita alterações no Estatuto do Desarmamento.

Segundo matéria do portal BBC News Brasil grande parte de crianças e adolescentes não sabem diferenciar armas reais de brinquedos, entre o ano de 2014 e 2015 foi contabilizado 2.715 mortes de crianças por arma de fogo nos Estados Unidos, um terço deste número foram suicídios voluntários e involuntários. Ao invés de assegurar a proteção da família está trazendo o perigo para dentro de casa deixando assim mais próximo as chances de tragédias.

A quantidade de armamento ilegal deve entrar em uma crescente, pois a maioria são desviadas do mercado legal. Segundo o instituto Sou da Paz, fundamentado sobre informações do estado de São Paulo, 3 em cada 4 armas são brasileiras e 64% delas foram fabricadas antes do Estatuto do Desarmamento ser executado no Brasil pois antes a fiscalização era branda, ou seja, o mercado legal abastece o ilegal sendo por roubos, corrupção ou fiscalização inadequada exercendo também sobre as munições.

O Decreto de Jair Bolsonaro está distante de ser a solução para garantir a segurança da população. A onda de homicídios está longe de cessar e só irá agravar com a ampliação de vendas de armas de fogo.

A política pública é o meio de controle mais rígido do acesso as armas e munições impedindo que chegue na mão do tráfico. O problema não será solucionado, o Estado estará apenas encorajando a população a fazer justiça com as próprias mãos.

5 CONCLUSÃO

Conclui que a violência é um problema muito presente no Brasil e com a edição da lei de armamento irá se intensificar, com a abertura de posse de armas para mais classes haverá mais armas de fogo circulando no país, com isso o governo terá que tomar providencias em relação a medidas de proteger a população não apenas deixando nas mãos da população a sua segurança.

Estudiosos falam do aumento das porcentagens de mortes que pode ver exemplos de países desenvolvidos onde o armamento da população traz consequências maléficas, o aumento de homicídios, suicídios e chacinas.

As mulheres, crianças e jovens são os que mais irão ser afetados com essa decisão, onde vimos que o feminicídio e a criminalização irá entrar em ascensão pelo fácil alcance e o desvio de arma de fogo para ilegalidade. Com essas informações especialistas discorrem sobre as consequências como o aumento do tráfico de drogas e de armas assim não fazendo trazendo benefícios a população.

Avia que o assunto da posse de armas de civis é muito relevante, a segurança e políticas públicas devem dar um maior respaldo e atenção ao tema discorrido, foi elencado

que armar a população não é uma boa solução para a sua segurança, armar a população e incentivar que façam a justiça com as próprias mãos não é inteligente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Juliana. Veja a íntegra do decreto que flexibiliza a posse de armas de fogo, **Agencia Brasil**, Brasília, 15 jan. 2019. Disponível em : <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-01/veja-integra-do-decreto-que-flexibiliza-a-posse-de-armas-de-fogo>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

AS medidas adotadas nos EUA para combater massacres em escolas. **g1.globo**, 2019. Disponível em <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/03/18/as-medidas-adotadas-nos-eua-para-combater-massacres-em-escolas.ghtml>>. Acesso em 18 ago 2021

BRANDALISE, Camila. Aumento na posse de armas eleva feminicídios em casa, diz pesquisador, Uol. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/09/23/armas-em-casa-aumentam-risco-de-mulher-ser-morta-por-parceiro-diz-pesquisa.htm>>. Acesso em 19 mai. 2021.

BRASIL, DECRETO Nº 10.628, DA AQUISIÇÃO E DO REGISTRO DE ARMA DE FOGO ADMINISTRADA, Brasília, 12 fev 2021

LEONARDI, Ana Carolina. Brasil é "campeão" em estudo sobre mortes por arma de fogo. **Super Interessante**, 2018. Disponível em:< <https://super.abril.com.br/sociedade/brasil-e-campeao-em-estudo-sobre-mortes-por-arma-de-fogo/>>. Acesso em 18 ago 2021.

PENA, Rodolfo F. Alves. "Tráfico de armas no Brasil"; Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/brasil2/trafico-de-armas.htm>>. Acesso em 18 mai 2021.

VEIGA, Edilson. Estudos mostram que há mais mortes de crianças por arma de fogo nos EUA em Estados com legislação flexível. **BBC News**, 2018. Disponível em : < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-46068545>> Acesso em 18 ago 2021

O DIREITO AGRÁRIO EM FACE DA FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE RURAL E DA BUSCA PELO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DOS MEIOS DE PRODUÇÃO

DAYANE CRISTINA ADAMO DOS SANTOS:
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário
de Santa Fé do Sul - SP.383

RICARDO ALEXANDRE RODRIGUES GARCIA³⁸⁴

(orientador)

RESUMO: Relação jurídica do homem com a terra, o Direito Agrário tem evoluído e volta-se atualmente para a preocupação ambiental. No Brasil ganha ênfase com o Estatuto da Terra, que além da promessa de uma reforma agrária justa e democrática, trouxe a noção atual de função social da propriedade. Como a atividade agrária é de grande importância no país o trabalho tem por escopo demonstrar que as noções socioambientais se fazem mais urgentes. Evidenciou-se, portanto, o conceito de função ambiental da propriedade rural, posto que as atividades agrárias impactam severamente o meio ambiente. Buscou-se afirmar que os meios de produção agrários devem se amoldar no desenvolvimento sustentável em busca da efetiva proteção ambiental. Primeiramente foi abordado o conceito e a evolução do Direito Agrário brasileiro, bem como o Estatuto da Terra, Lei 4.504/64. Estudou-se ainda a função ambiental da propriedade rural, elucidando-se por último o desenvolvimento sustentável frente ao meio ambiente e os meios de produção. Foi empregado o método dedutivo, por meio de doutrinas, pesquisas, artigos, matérias jornalísticas. O estudo traz relevância pois mostra que os meios de produção devem basear-se nos preceitos ambientais de desenvolvimento sustentável para que se cumpra a função ambiental da propriedade rural, e para que haja equilíbrio de níveis produtores satisfatórios e efetiva preservação ambiental.

Palavras-chave: Direito Agrário. Propriedade. Produção. Sustentabilidade. Ambiental.

ABSTRACT: The legal relationship of man with the land, Agrarian Law has evolved and is currently turning to environmental concern. In Brazil, the Land Statute gains emphasis, which besides the promise of a fair and democratic agrarian reform, brought the current notion of the social function of property. As agrarian activity is of great importance in the

¹ Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP, para obtenção do título de bacharel em Direito.

²Graduanda de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC, dayane_hadamo@hotmail.com

³Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC, ricardogarciadv@hotmail.com

384 Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC

country, the work aims to demonstrate that social and environmental notions are more urgent. The concept of the environmental function of rural properties has been highlighted, since agrarian activities have a severe impact on the environment. It was sought to affirm that the means of agricultural production must be shaped in sustainable development in search of effective environmental protection. First, the concept and evolution of Brazilian Agrarian Law was approached, as well as the Land Statute, Law 4.504/64. The environmental function of the rural property was also studied, elucidating lastly the sustainable development in relation to the environment and the means of production. The deductive method was used, through doctrines, research, articles, journalistic articles. The study brings relevance because it shows that the means of production must be based on the environmental precepts of sustainable development in order to fulfill the environmental function of the rural property, and for there to be a balance of satisfactory production levels and effective environmental preservation.

Keywords: Agrarian Law. Property. Production. Sustainability. Environmental Law.

1 INTRODUÇÃO

O direito agrário, ramo autônomo do direito que está ligado a toda relação jurídica do homem com a terra existe há muito, posto que é da terra que provém o sustento das populações. Tal direito positivado desde o Código de Hammurabi vem passando por uma evolução contínua e cada vez mais voltada com a preocupação ambiental, vez que a atividade agrária é de extrema importância a subsistência dos seres humanos, mas também é ela que infelizmente produz drásticas interferências e mudanças nocivas no ecossistema, danos esses que podem até mesmo serem irreversíveis caso não haja cuidado, responsabilidade e respeito pelas leis ambientais.

No Brasil, presente desde a colonização, o direito agrário ganha ênfase com o advento da Lei nº 4.504/64 - o Estatuto da Terra, um verdadeiro "código agrário brasileiro", que foi promulgado com a promessa de uma reforma agrária democrática, com justa distribuição de terras.

É com o Estatuto da Terra que se deu início ao importante conceito de função social da propriedade, trazido para a Constituição Federal de 1988 nos artigos 5º, inc. XXIII, 170, inc. III, 184 e art. 186, tratando os dois finais da propriedade rural, colocando limitações ao direito do proprietário em vista da coletividade, a chamada função social da propriedade, que tem por objetivo explícito em seus incisos o aproveitamento racional e adequado da terra; utilização dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; além de proteção aos direitos das relações de trabalho e trabalhadores; podendo até mesmo haver a desapropriação do imóvel rural caso não seja cumprida a sua função social.

Hodiernamente como as noções socioambientais se fazem mais urgentes posto as mudanças climáticas cada vez mais aparentes, há que se falar também na função ambiental das propriedades rurais, já que a atividade agrária é de grande impacto ao meio ambiente ao mesmo tempo que é imprescindível na manutenção dos meios de produção que abastecem o consumo e a vida como a conhecemos.

Diante disso, os meios de produção agrários devem se atentar em estar em consonância com o direito ambiental e sempre em busca de inovações que satisfaçam as necessidades humanas juntamente com técnicas que favoreçam e beneficiem o meio ambiente, para que essas atividades se tornem menos prejudiciais, para assim efetivamente buscar a conservação dos recursos naturais com a satisfação do produtor/proprietário e do seu consumidor final, e levantando a ideia de que devemos nos alicerçar no desenvolvimento sustentável para que as gerações advindas possam também sanar suas necessidades.

Sendo a atividade agrária de grande importância no Brasil, que a cada dia investe mais em sua produção, modernização e exportações, fica clara a necessidade da busca pelo desenvolvimento sustentável, em suma, unir o crescimento econômico com as necessidades populacionais não esgotando as vias indispensáveis de sobrevivência das futuras gerações.

E é na matéria agrária unida com as noções ambientais que se terá munição na efetiva preservação e a busca por meios de produção sustentáveis, em parceria com políticas públicas de investimentos em pesquisas, disponibilização de financiamentos a produtores que mostrem interesse em inovar em técnicas ecológicas, incentivos fiscais, bem como fiscalizações ambientais mais efetivas que atue preventivamente e não somente na punição, como ocorre muito atualmente.

Trata-se, portanto, de pesquisa bibliográfica com abordagem técnica e indutiva. Dispõe-se por toda fonte literária com fiel procedência correlata ao assunto abordado, tais como doutrinas jurídicas, legislação, artigos científicos e matérias jornalísticas. Sendo assim possível analisar o conceito de direito agrário, o Estatuto da Terra, a função ambiental da propriedade rural, bem como o desenvolvimento sustentável frente ao meio ambiente e produção.

2 DIREITO AGRÁRIO

O Direito Agrário é compreendido como a relação jurídica do homem com a terra, dos negócios jurídicos que envolvam toda a cadeia de produção, exportação, contratos agrários, além de regularizar a função social da propriedade, abrangendo as atividades agrárias, o agronegócio, contratos agrários, a distribuição de terras, e contemporaneamente abrange também a função ambiental da propriedade.

Nas palavras de Laranjeira (1975), "Direito Agrário é o conjunto de princípios e normas que, visando a imprimir função social à terra, regulam relações afeitas à sua pertença e uso, e disciplinam a prática das explorações agrárias e da conservação dos recursos naturais." Pode-se exprimir que o direito agrário abrange amplamente as ligações e dependências que o ser humano tem com a terra, além de regular os mecanismos usados nos meios de produção.

Marques (2015) afirma que as noções do direito agrário não são novas, posto que o ser humano desde sua origem teve de recorrer à terra para tirar o seu sustento; com o surgimento das tribos e civilizações mostrou-se necessário a criação de regimentos que regulassem as relações agrárias; há indícios que o Código de Hammurabi seja um dos primeiros códigos de direito agrário da humanidade, trazendo consigo noções e conceitos que trazemos até hoje em nossa legislação moderna.

No Brasil os primeiros vestígios de legislação agrária são concomitantes com a colonização portuguesa, que se iniciou através do sistema sesmarial, espécie de título de doação de posse de terras, doava-se o domínio útil, pois a propriedade pertencia a coroa; sendo extinto no ano de 1822, ficando assim o país sem regras que dispusessem sobre propriedade.

Somente em 1850, durante o regime imperial foi promulgada a primeira lei que versava quanto ao contexto agrário, chamada de Lei de Terras, sendo um importante passo legislativo quanto a matéria agrária. Após a Proclamação da República é que as leis agraristas foram ganhando mais ênfase, principalmente no aspecto constitucional. Fator determinante para o direito agrário brasileiro foi a Emenda Constitucional 10, de 9 de novembro de 1964, que determinou a autonomia legislativa agrarista exclusiva a União, presente hoje no art. 22 da Constituição Federal: "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;".

Em ato contínuo, no dia 30 de novembro de 1964 foi promulgada a Lei 4.504, o chamado Estatuto da Terra – Lei 4.504/64 que é sem dúvida de suma importância, posto que e que permanece vigente até hoje, é ele que se chega mais próximo de um código agrário no Brasil. (MARQUES, 2015)

Atualmente discute-se com amplitude a preocupação com o meio ambiente e os meios de produção, fica mais evidente a cada dia que o direito agrário deve agregar soluções para que a propriedade rural exerça sua função ambiental quanto as atividades agrárias, para que busque equilíbrio entre a preservação ambiental e meios satisfatórios

de gerações de insumos para manutenção da vida. Assim afirma Benatti; Chaves; Haber; Rocha; Treccani (2015, p.48):

No começo do século XXI está sendo gestado um novo ramo do direito: o direito agroambiental cujas soluções aos problemas do campo não podem se limitar ao debate meramente fundiário, mas devem incluir o uso sustentável dos recursos naturais.

É por isso que o reconhecimento dos direitos territoriais das populações tradicionais é sempre vinculado à elaboração de planos de utilização (planos de manejo). No caso específico da América Latina, e em particular na Amazônia, considerando os conflitos agrários e a violência perpetrada contra trabalhadores(as), o debate sobre o direito agroambiental deve ser realizado em estreita vinculação com a concretização dos direitos humanos.

O direito agrário da contemporaneidade não é somente aquele que versa sobre a propriedade rural e sim que pensa em uma propriedade focada no ideal de preservação dos recursos naturais, que coloca como dever e limitação do proprietário a proteção do meio ambiente, a busca por meios de produção sustentáveis, contornar problemas de riscos e danos ao ambiente com soluções inovadoras e com políticas sociais de conscientização para práticas ambientais no meio agrarista, usando de técnicas agroecológicas que tanto é falado e pouco colocado em prática.

É de pura necessidade também que haja subsídios para o agronegócio ecológico, além de investimentos em pesquisas nessas áreas, e que beneficie desde os pequenos produtores rurais, a agricultura familiar até os grandes produtores e exportadores presentes em nosso país, e que são imensamente importantes para nossa economia, que é formada em grande parte pelo agronegócio, esse é mais um motivo que temos para que as produções se modelem em meios de produção que protejam e preservem o meio ambiente, para que assim, fazendo bom uso dos recursos naturais que temos, possamos aumentar ainda mais nossas produções e otimizar lucros, visando nos expandir como potência agrária.

2.1 ESTATUTO DA TERRA – LEI Nº 4.504 DE 30 DE NOVEMBRO DE 1964

Com a promessa de uma reforma agrária democrática, com justa distribuição de terras e oportunidades o Estatuto da Terra, Lei nº 4.504/64 foi um ato contínuo após a Emenda Constitucional nº 10 de 9 de novembro de 1964, esta que trouxe autonomia ao direito agrário, que à época tinha o importante papel de afrontar os latifúndios e a inadequada estrutura agrária formada no Brasil aos tempos da colonização (MARQUES, 2015).

Trouxe também o que se entende por função social da propriedade, colocando limitações ao direito do proprietário, que antes era absoluto, elencando em seu art. 2º, §1º os seus requisitos:

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam. (BRASIL, 1964).

Esse artigo antecipou o que hoje está previsto na Constituição Federal vigente, no art. 5º, inciso XXIII; art. 170, incisos III e VI e art. 186. Portanto, o fundamento central do ET é sem sombra de dúvidas a função social e ambiental da propriedade, com o objetivo à época de afrontar a concentração de propriedades, estendendo-se até os dias atuais que o uso da propriedade deve ser mantido visando sempre o bem-estar social e a defesa do meio ambiente. (BENATTI, CHAVES; HABER; ROCHA; TRECCANI, 2015).

3 FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE RURAL

Ao proprietário assegura-se todos os direitos inerentes a propriedade, o de usar, gozar, dispor da coisa sempre em harmonia com sua função social, ambiental e econômica, trazendo sempre a ideia de que o interesse social deve prevalecer sobre o individual quando se faz necessário. Neste sentido dispõe ao art. 1.228 do Código Civil:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o

patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

[...]

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. (BRASIL, 2002)

Indo mais além, a função social está presente também na Constituição Federal nos artigos 5º, inc. XXIII e 170, inc. III. Segundo Nicoletto (2007) a função social possui como eixo central a legitimação jurídica da propriedade privada e lhe é incumbida a importante missão de diminuir as desigualdades sociais garantindo o cumprimento dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Concentrando -se agora na propriedade rural e em sua função social e ambiental, deve-se atentar para o art. 186 da CF:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (BRASIL, 1988)

É neste artigo que encontramos expresso a função social, e estando contido de forma implícita a função ambiental que a propriedade rural deve-se submeter. Com ressalva do inciso III e IV, é visto que os demais guardam relações estreitadas com o direito ambiental, preocupando-se em salvaguardar o meio ambiente, de forma a estar buscando o equilíbrio entre proteger e retirar os recursos necessários para a manutenção da vida.

Medidas de preservação ambiental estão cada vez mais presentes quando falamos de propriedade rural e tem o dever de estar presente, posto que a atividade agrária é um fator que contribui para diversos problemas ambientais que passamos hoje e que tendem a piorar com o passar dos anos, levando a um caminho sem volta e com perspectivas de

produção alarmantes para as gerações futuras. Com isso deve-se investir na conscientização de toda a cadeia produtiva agrária, que vai desde a produção de insumos básicos até a chegada do produto final ao consumidor.

É necessário a conscientização do proprietário, incentivos fiscais, disponibilização de subsídios para que se iniciem a implantação de sistemas que sejam pautados nos meios de produção sustentáveis e atividades agraristas ecológicas, medidas que a longo prazo se estenderá a toda cadeia de produção, uma vez que é sabido que as atividades agrárias têm um forte impacto sobre o meio ambiente e os recursos naturais, estes que são limitados. Quando se há a preocupação de se estender medidas efetivas de conservação, se demonstra claro que há o pensamento na potencialidade dos meios produtivos que aquela propriedade perde ao longo do tempo, é uma forma de proteção também ao proprietário e a manutenção de seus lucros.

Função ambiental da propriedade, é, portanto, um conjunto de ações que o proprietário deve tomar, levando sempre em consideração toda forma de proteção ambiental, sendo. Assim pensa Nicoletto (2007):

Logo, tem-se que o proprietário cumpre a função ambiental de sua propriedade rural, quando a exploração dos recursos se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade, preservando as características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e da qualidade de vida das comunidades vizinhas.

Assim, a propriedade rural cumpre com sua função ambiental quando garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim sendo, afirma-se que para a efetivação da função socioambiental deve-se cumprir os preceitos constitucionais de aproveitamento racional, a correta exploração ambiental, assegurar o acesso a terra à todos, favorecendo sempre as proprietários e trabalhadores, agindo em consonância com os caminhos de proteção satisfatórios do meio ambiente em conjunto aos melhor aproveitamento dos recursos naturais, buscando veementemente sua manutenção, recuperação e qualidade, condicionando níveis aceitáveis de produção combatendo o desperdício desnecessário, sempre pensando que os recursos que disponibilizamos hoje, tais como solos férteis, abundância em água, minérios, petróleo que são imprescindíveis na vida como a conhecemos hoje devem ser amplamente protegidos para termos uma perspectiva de um futuro com qualidade.

4 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL – MEIO AMBIENTE E PRODUÇÃO

Entende-se por desenvolvimento sustentável aquele que além da preocupação de produzir o necessário anda em conformidade com as diretrizes ambientais de preservação, está sempre inovando na busca para melhor efetivar a conservação dos recursos naturais, que são vitais para a manutenção das gerações futuras; ele engloba diversas áreas humanas, como a política, a cultural e social, além da jurídica pois é no direito ambiental e agrário que se encontra respaldo para equilibrar os meios de produção agrários com a preservação de recursos, a manutenção e satisfação produtor/ proprietário e do consumidor final. Assim reflete Trennepohl (2008, p.55):

As diretrizes de um desenvolvimento sustentável refletem a necessidade de conservação do meio ambiente, observados os princípios científicos e as leis naturais que regem a manutenção do equilíbrio dos ecossistemas, a necessidade de compatibilização das estratégias de desenvolvimento com a proteção do meio ambiente, a adoção de medidas de prevenção de danos e de situações de riscos ambientais e a cooperação internacional.

De acordo com dados da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA) em parceria com a Escola de Estudos Agrários da USP (Esalq), o PIB (Produto Interno Bruto) do agronegócio brasileiro cresceu 3,81% em 2019 (comparado a 2018); e o setor representa 21,4% do PIB total do país. (TOOGE, G1, 2020)

Diante dos dados apontados acima, é evidente que o Brasil pode ser considerado como uma forte potência agrária e que esses números só tendem a aumentar, posto que ocorre todos os anos mais investimentos nas produções e exportações e na modernização deste setor; tendo em vista que a produção agrária é uma das atividades humanas que mais impactam o meio ambiente, mostra-se necessária a busca por meios de produção que une a proteção ambiental com números de produção agrícola suficientes, ou seja, deve-se buscar meios de desenvolvimento sustentável, buscar o crescimento econômico em união com as reais necessidades da população sendo atendidas, de forma a não se esgotar as vias necessárias para as futuras populações.

Assim, a atividade agrária que tem como respaldo o direito agrário está diretamente ligado ao direito ambiental e a busca pela preservação, para um dia quem sabe produzir seja sinônimo também de preservar, pois para se realizar a atividade agrária é necessário o uso de recursos naturais que são limitados, e para continuarmos esse ciclo de extração desses recursos é necessário que sejamos conscientes hoje, usando-os de forma eficiente e economicamente viável, para garantir à todos melhor qualidade de vida.

5 CONCLUSÃO

Sendo o Brasil uma potência agrária em crescente evolução mostra-se preciso uma legislação agrária que se molde nos preceitos de crescimento econômico pautados no desenvolvimento sustentável dos meios de produção, munidos no conceito da função ambiental da propriedade rural, em que visa vincular o proprietário, o produtor, o arrendatário, o agricultor a cumprir as definições constitucionais implícitas de aproveitamento racional, a correta exploração ambiental, o uso de técnicas inovadoras produtivas, a diminuição de perdas para melhorar a produtividade, entre outros, todos condicionados a manutenção, recuperação e qualidade do meio ambiente, além de propiciar níveis aceitáveis de produção sempre pautados na sustentabilidade agrária.

Para que implantações ambientais sustentáveis ocorra de forma efetiva, é necessário investir em conscientização da cadeia produtiva agrária, que se inicia na produção de insumos básicos e termina na entrega do produto final. Além de ser necessário que vá desde o pequeno produtor até mesmo as grandes agroindústrias e exportadores, devendo ser implementado através de incentivos fiscais, disponibilização de subsídios para iniciação de produções sustentáveis e atividades agraristas mais ecológicas e com níveis de produção satisfatórios, até mesmo com a potencialização desses meios produtivos, pois deve-se sempre lembrar que a atividade agrária depende sempre dos recursos naturais, e eles são limitados, se não zelarmos por eles hoje, é provável que gerações futuras fiquem severamente comprometidas, posto que a atividade agrária como um todo contribui para diversos problemas ambientais, os quais já estamos vivenciando hoje, e que tendem a piorar.

Ante o exposto, é notável a importância de se atrelar as normas agraristas a matéria ambiental, para assim se buscar efetivamente a união de preservação e meios de produção evoluindo e agindo de acordo com o desenvolvimento sustentável, para assim gozarmos de um futuro com qualidade e segurança, além de usufruir o produtor de lucros e otimização de sua produtividade quando se faz bons usos de seus recursos.

Foi possível concluir que para atender as demandas populacionais de produção sem severa agressão ao meio ambiente e sem comprometer a subsistência das gerações futuras faz-se necessário fazer uso das práticas de desenvolvimento sustentável, para que se haja equilíbrio dos meios de produção agrários a níveis satisfatórios e a efetiva proteção ambiental, com respaldo do Poder Público com medidas de conscientização, investimentos em pesquisas nas áreas de produção agrária ecológica, o direcionamento de subsídios a produtores de pequena à grande escala para direcionamento de produção, plantio, extração, pecuário e outros, de forma sustentável e ecológica, e também incentivos fiscais, para isso é preciso que as atividades da propriedade estejam sempre pautadas em sua função socioambiental presente em nossa Carta Magna.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria C. L. **A proteção ambiental em sede do direito agrário**, 9 out. 2017. Disponível em: < <https://animalbusiness.com.br/negocios-e-mercado/cenario-agro/protecao-ambiental-em-sede-do-direito-agrario/>>. Acesso em: 6 set. 2020.

BASSO, Joaquim. **Sustentabilidade da Produção Agrária e o Direito**, 6 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.cestariebasso.com.br/artigos/sustentabilidade-da-producao-agraria-e-o-direito/20>>. Acesso em: 6 de set. 2020.

BENATTI, José H.; CHAVES, Rogério A.F.; HABER, Lilian M. H.; ROCHA, Ibraim; TRECCANI, Girolamo D. **Manual de Direito Agrário Constitucional: Lições de Direito Agroambiental**, 2.ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CAPORAL, Francisco Roberto. COSTABEBER, José Antônio. **Agroecologia: alguns conceitos e princípios**, 2004. Disponível em: <<https://www.fca.unesp.br/Home/Extensao/GrupoTimbo/Agroecologia-Conceitoseprincipios.pdf>>. Acesso em: 20 de jul. 2021.

BORGES, Paulo Torminn. **Institutos básicos do Direito Agrário**, 10.ed.rev e ampl. – São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. **Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 6 set. 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm>. Acesso em: 6 set. 2020.

DOSSO, Taisa Cintra; FREIRIA, Rafael Costa. **Direito Agrário**, 2.ed.rev. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2018.

EMBRAPA. **Visão 2030 – O futuro da Agricultura Brasileira**, 2018. Disponível em: < <https://www.embrapa.br/documents/10180/9543845/Vis%C3%A3o+2030+-+o+futuro+da+agricultura+brasileira/2a9a0f27-0ead-991a-8cbf-af8e89d62829>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

FERNANDES, Maurício. **Direito Agrário e Ambiental: Equilíbrio entre produzir e preservar**, 31 out. 2019. Disponível em: <<https://direitoagrario.com/direito-agrario-e-ambiental-equilibrio-entre-produzir-e-preservar/>>. Acesso em: 6 set. 2020.

FILHO, Adalton Perez Varea. **Direito agrário e a relação conturbada com a sustentabilidade**, 19 nov. 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55570/direito-agrario-e-a-relao-conturbada-com-a-sustentabilidade>>. Acesso em: 17 jul. 2021.

FIORILLO, Celso Antonio P. **Curso de direito ambiental**, 14.ed. rev. ampl. e atual. em face da Rio +20 e do Novo Código Florestal – São Paulo: Saraiva, 2013.

FOGAÇA, Jennifer Rocha Vargas. **Agricultura e Desenvolvimento Sustentável**, Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/quimica/agricultura-desenvolvimento-sustentavel.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

HERMANS, Maria Artemísia A. **Direito Ambiental: O desafio brasileiro e a nova dimensão global**, coedição Conselho Federal OAB – Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

KLEBERSON, Elias. **Direito Agrário e Direito Ambiental – Coexistência de dois ramos do direito buscando o desenvolvimento econômico social e a proteção dos recursos naturais**, 15 jan. 2020. Disponível em: <<https://direitoagrario.com/direito-agrario-e-direito-ambiental-coexistencia-de-dois-ramos-do-direito-buscando-o-desenvolvimento-economico-social-e-a-protecao-dos-recursos-naturais/>>. Acesso em: 6 set. 2020.

LARANJEIRA, Raymundo. **Propedêutica do Direito Agrário** – São Paulo: Ltr, 1975.

MACHADO, Paulo Affonso L. **Direito Ambiental Brasileiro**, 24.ed.rev.ampl. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2016.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário Brasileiro**, 11.ed.rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2015.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**, 10.ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NICOLETTO, Rodrigo Lucietto. **A função ambiental da propriedade rural: uma análise da constituição federal brasileira acerca do exercício do direito de propriedade**, 18 out. 2007. Disponível em: <<https://www.diritto.it/a-funcao-ambiental-da-propriedade-rural-uma-analise-da-constituicao-federal-brasileira-acerca-do-exercicio-do-direito-de-propriedade/#:~:text=Dessa%20forma%2C%20a%20fun%C3%A7%C3%A3o%20ambiental,trabalhadores%20na%20explora%C3%A7%C3%A3o%20da%20propriedade>>. Acesso em: 6 set. 2020.

NOVO, Benigno N. **Direito Agrário**, 26 jul. 2019. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/53212/direito-agrario>>. Acesso em: 6 set. 2020.

OPITZ, Silvia C. B.; OPITZ, Oswaldo. **Curso completo de direito agrário**, 11.ed.rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2017.

PENA, Rodolfo F. Alves. **Agrossistemas**; Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/geografia/agrossistemas.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

QUERUBINI, Albenir. **O solo e a atividade agrária**, 15 mai. 2018. Disponível em: <<https://direitoagrario.com/o-solo-e-atividade-agraria/>>. Acesso em: 6 set. 2020.

QUERUBINI, Albenir. **Os ciclos do agrarismo e o direito agrário brasileiro**, 22 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.ubau.org.br/site/os-ciclos-do-agrarismo-e-o-direito-agrario-brasileiro/>>. Acesso em: 6 set. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **O objeto do direito agrário e a atividade agrária**, 04 mar. 2021. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2021/03/04/objeto-direito-agrario-atividade-agraria/>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

TOOGE, Rikardy, G1. **Agronegócio cresce 3,8% e representa 21% do PIB brasileiro em 2019, diz CNA**, 9 mar. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/2020/03/09/agronegocio-cresce-38percent-e-representa-21percent-do-pib-brasileiro-em-2019-diz-cna.ghtml>>. Acesso em: 2 set. 2020.

TRENNEPOHL, Terence. **Direito Ambiental: obra recomendada para concursos públicos**, 3.ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2008.

A DEFESA DOS DIREITOS E DIGNIDADE DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS DIANTE A CULTURA DE ENTRETENIMENTO E O ENTENDIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

ALINE CRISTINA SILVA NEVES:
Bacharelada em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul - Unifunec

LUCIANA RENATA RONDINA STEFANONI

(orientadora)

RESUMO: Neste trabalho foram abordadas de maneira tanto quanto aprofundada algumas modalidades que utilizam de animais para provir o entretenimento para pessoas, embora tais atividades sejam demasiadamente cruéis e desumanas, proporcionando dor, desconforto, humilhação e tristeza. O estudo busca conscientizar as pessoas sobre o assunto que não recebe tanta importância, evidenciar que não é necessário usar um ser que possui a sensibilidade para sentir tudo de mal que lhe é feito, para as pessoas se divertirem, além da exemplificação das principais características de como algumas dessas práticas são realizadas. Apesar da normalidade que tal assunto é tratado por um grande percentual de pessoas, há também os que lutam pela causa e já obtiveram alguns resultados positivos. No decorrer deste trabalho de pesquisa, serão apresentadas algumas leis que impediram parcialmente crueldades e possibilitaram que algumas manifestações culturais invasivas aos animais percam a tradição. Como metodologia para tal estudo foi utilizado pesquisas bibliográficas e por meios eletrônicos, onde se encontra uma ampla quantidade de informações. O método usado foi o qualitativo, já que o estudo busca conscientizar e compreender o comportamento das pessoas. Conclui-se então que, o que algumas pessoas entendem como festa e diversão, não passa de tortura e crueldade aos animais. O tema tardou a ser pautado pelo Judiciário, mas merece cada vez mais visibilidade.

Palavras-chave: Animais. Entretenimento. Tortura. Crueldade. Manifestação cultural.

ABSTRACT: In this work, some modalities that use animals to provide entertainment for people were approached in such a way, although such activities are too cruel and inhuman, providing pain, discomfort, humiliation and sadness. The study seeks to raise people's awareness about the subject that does not receive so much importance, evidencing that it is not necessary to use a being who has the sensitivity to feel everything bad that is done to him, for people to have fun, besides exemplifying the main characteristics of how some

of these practices are performed. Despite the normality that such a subject is dealt with by a large percentage of people, there are also those who fight for the cause and have already obtained some positive results. During this research seminar, some laws will be introduced that partially prevented cruelties and allowed some invasive cultural manifestations to animals to lose tradition. As a methodology for this study, bibliographic and electronic research was used, where a large amount of information is found. The method used was qualitative, since the study seeks to understand people's behavior. It is concluded that what some people understand as partying and fun is nothing but torture and cruelty to animals. The theme was delighted to be guided by the judiciary, but deserves more and more visibility.

Keywords: Animals. Entertainment. Torture. Cruelty. Cultural manifestation.

1 INTRODUÇÃO

A importância com os animais e a maneira que eles são vistos perante a sociedade, durante muitos anos, foi um assunto tratado com muita indiferença e descaso. Portanto, diante a grande necessidade de criação de práticas sustentáveis (no âmbito ambiental) e ecológicas, a tutela jurídica dos animais se tornou motivo de grandes preocupações e cuidados, sendo esse um assunto indispensável no contexto de pautas plausíveis da atualidade.

O objetivo do presente trabalho é apresentar e conscientizar as formas de uso dos animais, ainda considerados coisas, como maneira de entreter pessoas, apesar dos mesmos terem seus direitos e garantias como serão vistas no decorrer desta pesquisa.

Se tornou banal o convívio com a exploração e abuso dos seres irracionais. Decorrente disso, é de extrema importância pautá-lo e debatê-lo. É possível que os direitos dos animais seja mais importante que o costume de usá-los? Onde se apresenta as divergências entre as garantias dos animais perante a Lei e o direito das pessoas de manifestação cultural?

Diversas modalidades de atrações usando animais são realizadas com constância no Brasil. Embora seja considerada brutalmente agressiva por quem presencia, a ferra do boi, por exemplo, acontece com grande frequência, levando o boi a morte pelo cansaço excessivo ou agressões. Para a defesa de quem é a favor e muitas vezes realizam as doações dos bois a serem usados nas algazarras, alegam-se que fazem parte de manifestações culturais, direito de diversão e entretenimento.

Tornou-se cada vez mais comum que se conviva com seres não humanos usados como atrações para seres humanos. Anualmente, são realizadas grandes festas onde a principal atividade vista são os rodeios. Eventos que atraem milhares de pessoas todos os anos, movidos ao dinheiro e crueldade. Em alguns países onde o rodeio se tornou popular, existem muitas outras atrações, assim como nos Estados Unidos animais marinhos são usados como exposição para turistas, ao invés de estarem em seus ambientes naturais.

A tortura pode ir além, levando em considerações o exercício chamado *harecoursing*, onde lebres são capturadas de seus habitats e arremessadas para que cães de porte grande as capturem. Por conta da agilidade das lebres, a atividade se torna um sofrimento ainda maior para os pequenos animais.

Outro exemplo de atividade usando animais é a caça a foca, realizada durante uma temporada no Canadá. Covardemente, se trata do período em que elas migram para dar a luz às suas crias. Porém, o quesito "covardia" pode ser usado em diversos eventos considerados culturais realizados no Brasil, como o uso de animais em circos, puxadas de cavalo, vaquejadas, rinhas, rodeios...

Muitas destas práticas foram proibidas, porém continuam ocorrendo com exagerada normalidade de maneira ilegal, envolvendo muitas pessoas.

Além dos conhecimentos já conquistados com o hábito de leitura sobre o assunto, o artigo constitui-se de pesquisas documentais, sendo a grande maioria delas acessadas por meios eletrônicos.

Após o estudo realizado sobre o tema em questão, o artigo foi estruturado trazendo no primeiro tópico acerca da legislação perante aos direitos dos animais, onde são exemplificadas leis que significam grandes conquistas aos apoiadores da causa, porém contam também com leis que protegem o direito a manifestações culturais, mesmo que os protagonistas destes atos sejam os animais, que não possuem direito à escolha. Dando prosseguimento, no segundo tópico foi pautado sobre a objetificação dos animais que muitas vezes são tratados como "coisas" e dificilmente como "alguém", embora tratar-se de seres que sentem frio, fome, tristeza e dor.

Nos itens seguintes foram exemplificadas algumas formas de festas e manifestações culturais que usam os animais como forma de entretenimento, mas que além disso, são práticas cruéis, maldosas e dolorosas, como a Farra do Boi, o Rodeio e as Rinhas. O presente artigo consiste-se em uma forma de demonstrar que o tema em questão não tem a pauta que deveria por se tratar de um conteúdo de suma importância, pois os seres humanos

precisam entender que não têm o direito de escolha por quem não é capaz de contestar e se defender, expondo esses seres ao sofrimento e humilhação.

2 A LEGISLAÇÃO PERANTE AOS DIREITOS DOS ANIMAIS

No que diz respeito à proteção dos animais, deu-se início a legislação com esse intuito no ordenamento jurídico durante o Governo de Getúlio Vargas. Foi instaurado como espécie de contravenção penal os maus tratos aos animais, perante o Decreto Federal nº 24.645/1934.

Alguns anos depois, mais precisamente em 1941, considerando a Lei de Contravenções Penais, reafirmou-se a proibição de crueldade contra animais não humanos. Posteriormente, essa questão ganhou apoio constitucional na atual Carta Política de 1988, onde foi direcionado ao Poder Público a obrigação de proteger a fauna, sendo proibidas as práticas que fizessem à extinção de espécies ou sujeitassem os animais à prática de crueldade (art. 225 § 1º, VII).

Em 1998, instaurada a Lei de Crimes Ambientais, as práticas que acarretassem os maus tratos aos animais, enfim, foram criminalizadas perante ao artigo 32 da Lei nº 9.605/1998, que diz:

“Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

Apesar de todas as conquistas em relação aos direitos dos seres irracionais, em contraparte está o artigo 215 da Constituição Federal de 1988, onde é previsto que:

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

Dispõe ainda o artigo 217, § 3º da Magna Carta que:

“O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social”.

Isto posto, nota-se na situação, grande oposição de ideias: o direito da sociedade à manifestação cultural e ao lazer, contra o direito dos animais a não serem submetidos à atividades cruéis e de grande destrato.

Conforme houve desavenças entre organizadores e participantes de atividades de entretenimento que usufruem de animais, com entidades e protetores dos mesmos, o assunto se tornou pauta de temas tratados nos Tribunais, com o objetivo de serem estabelecidos limites, em busca de solução para tal problema. À princípio, os assuntos tratados foram: Farra do Boi, Rodeios, uso de animais em circos e Rinhas.

2.1 A OBJETIFICAÇÃO DOS ANIMAIS

Considerando que o ser humano seja também uma espécie animal, com o diferencial da racionalidade, gera-se algumas incógnitas, como: o Direito deve amparar apenas a humanidade, ou todas as espécies de animais que constituem o círculo de convívio dos seres racionais?

O Direito foi uma criação do homem, mas que deve ser usada para a proteção de normas e ideologias contra a própria atuação deletéria causada pelo ser humano. Sendo assim, torna-se obrigação moral e jurídica dos mesmos proteger e zelar seus similares, e além disso, as demais espécies que dividem com eles o Planeta.

O fato de os animais não humanos serem considerados como “coisas” perante o ordenamento jurídico torna as punições a quem comete crime de maus tratos extremamente falhas e, decorrente ao egoísmo do ser humano, muitas vezes são privados de dignidade, liberdade e vivem em constante sofrimento.

Uma “coisa” seria algo pertencente a alguém, o que possibilita à esse dono responsabilidades e direitos, ou seja, assim como se tem posse de um terreno, um carro ou uma casa, se tem posse de um animal, perante o Código Civil.

Em contrapartida, está em pauta no Brasil o Projeto de Lei do Senado, este sendo o nº 27/2018, realizado pelo Deputado Federal Ricardo Izar (PSD/SP), que adere determinação no Código Civil para que os animais não sejam tratados como “coisas”, assim serão sujeitos de direitos despersonalizados. Ou seja, serão taxados como seres sencientes, dotados de natureza biológica e emocional e passíveis de sofrimento.

O ministro Humberto Martins expôs o significado da luta para que os animais vivam dignamente e se tornem aptos de seus direitos:

“Não há como se entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto (...) possam ser considerados como coisas, como objetos materiais desprovidos de sinais vitais. (...) A condenação dos atos cruéis não possui origem na necessidade do equilíbrio ambiental,

mas sim no reconhecimento de que animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor. A rejeição a tais atos aflora, na verdade, dos sentimentos de justiça, de compaixão, de piedade, que orientam o ser humano a repelir toda e qualquer forma de mal radical, evitável e sem justificativa razoável." (2009, p. 11).

Embora exista diversas autoridades e ativistas dispostos a mudar a visão do ordenamento jurídico diante aos animais e fazer, assim, serem vistos com mais respeito e seriedade, as tradições que dependem de animais para serem efetivadas vêm tornando-se anualmente mais tradicionais e, assim, conquistando um maior número de apreciadores.

3 FARRA DO BOI

A Farra do boi é uma manifestação cultural realizada no Brasil de forma exacerbadamente polêmica. Vinda da Ibéria, ilha constituída por Portugal e Espanha antes de ser transformada em península, foi instaurada como costume no Litoral de Santa Catarina. A prática é realizada no período que os católicos conhecem como Quaresma, dias antecedentes a Páscoa. Alguns justificam a Farra do Boi como, além de uma forma de evidenciar a cultura, ser também uma manifestação religiosa, já que o boi é visto pelos participantes como Judas, que foi no catolicismo antigo, traidor de Cristo.

Em junho de 1997 o Supremo Tribunal Federal proibiu a prática no estado de Santa Catarina através do Recurso Extraordinário número 153.531-8/SC; RT 753/101 por ser considerada cruel, e diante disso, um crime. A proibição é ainda baseada na **Lei Federal nº 9.605, de Fevereiro de 1998** contra crimes ambientais.

Logo em seguida, no ano de 1998, foi aprovada a Lei de Crimes Ambientais, a qual reafirmou que quem pratica tal tipo de ação estará compactuando com o descumprimento da Lei e poderá cumprir pena de três meses a um ano de detenção, além de pagamento de multa.

Porém em 2007 foi aprovada no município de Governados Celso Ramos a Lei municipal nº542 que permitia a prática de perseguição e tortura dos bois até seu excessivo cansaço, adequando-a como patrimônio cultural. A palavra "farra" foi substituída por "brincadeira", deixando assim a impressão de algo saudável e divertido.

Ainda em 2007, foi cessada tal Lei Municipal após o Pleno Tribunal de Justiça deferir o pedido de liminar requerido pelo Ministério Público de Santa Catarina. Apesar da proibição, ainda acontece de forma ilegal e muitas vezes sem chamar atenção com antecedência, impedindo a percepção pelas autoridades.

Esse tipo de atividade se resume em algumas etapas. A primeira é selecionar quem irá participar das finanças da Farra, assim, ajudando a cobrir o prejuízo que o dono do boi terá. Mas segundo Maria Helena Machado (BBC BRASIL, 2018), presidente da Comissão de Direitos dos Animais da Ordem dos Advogados do Brasil, alguns bois são doados para a prática por comerciantes, políticos ou mesmo por traficantes locais para conquistar a simpatia e apoio da sociedade. A segunda etapa é iniciar os maus tratos antes mesmo da prática começar, onde o boi é isolado e deixado sem alimentação durante dias. No dia do referido evento, o boi tem seu brinco de identificação retirado para assim dificultar a identificação de quem o forneceu e é levado para o local, onde é recebido com muitos foguetes, buzinas e barulhos em excesso no intuito de deixá-lo mais agitado e assim ser recebido pela multidão que o aguarda.

Há inúmeros relatos, vídeos e imagens do que acontece após os bois estarem entre as pessoas. São espancados com pedaços de pau; furados com espetos, inclusive atingidos nos olhos; chicoteados; têm ossos quebrados; rabos, orelhas e chifres arrancados; e poucas vezes morrem de susto. A generalidade dos casos são de animais que morreram de exaustão e dor, ou que foram abandonados à própria sorte sem conseguirem sequer se levantarem, e são abatidos após encontrados pelas autoridades.

FOTOGRAFIA 1 – SITUAÇÃO DO ANIMAL APÓS PRÁTICA DE FARRA DO BOI



Fonte: Divulgação/FBNM/ND (2021)

Após saciar o ego da população e serem torturados, é como na imagem acima que os animais são vistos. Os males causados à eles são, na maioria das vezes, irreversíveis. São

encontrados agonizando de dor, com diversos traumas, lesões, facadas, queimaduras e por fim, são abatidos.

4 RODEIO

Os rodeios são eventos culturais realizados no Brasil desde a década de 1950. Originou-se na cidade de Barretos, esta que era conhecida por sediar grandes frigoríficos e ter a pecuária extensiva como principal atividade econômica. O transporte dos gados para os frigoríficos era realizado por comitivas formadas por peões, que em seus momentos de descanso, realizavam confraternizações usando os animais, como adestramento, prova do laço, montarias e afins. Como esse costume se tornou rotineiro, alguns peões tomaram a decisão de criar eventos com fins lucrativos e doar parte dos lucros para entidades filantrópicas. Assim, originou-se a Festa de Peão de Boiadeiro em Barretos, no ano de 1956, servindo como inspiração para a prática dessas festas com rodeio no Brasil e em alguns outros países.

A grande problemática da prática do rodeio é que nessas apresentações, o boi é submetido a pular e agitar-se, não de maneira voluntária, mas porque está sentindo exagerada dor, sendo vítima de extremos maus tratos. O animal tem reações violentas por estar sendo provocado para que aquilo ocorra, enquanto é sujeitado a tortura física e psicológica. Eles são privados de alimentação, eletrocutados, surrados e atormentados, até que cheguem em alto nível de enfurecimento, transformando isso em entretenimento alheio. Para evitar que se torne algo no nível máximo de brutalidade, a Lei de Rodeios, ao menos, tenta impedir que os apetrechos que são usados nas montarias não favoreçam a malevolência contra os animais.

No que diz respeito aos rodeios, o Judiciário tomou como entendimento sua permissão, sob condição que não se comporta maus tratos aos animais. Ou seja, desde que não exista atos considerados molestações aos seres não humanos ali presentes, os rodeios são permitidos judicialmente.

A câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, lavrou a seguinte decisão:

[...] Não há como se admitir, com o atual estágio de desenvolvimento sociocultural dos povos, que alguns ainda se valham de atos cruéis a animais a título de diversão e recreação. Neste sentido, o próprio Pretório Excelso já decidiu pela proibição da realização da 'farra do boi' no Estado de Santa Catarina (Recurso Extraordinário n. 153.531-

8-SC, julgado em 3.06.97, rei. Min. Marco Aurélio, publicado em JSTFLEX 239/192). Cabia ao Poder Público, como de fato o fez, disciplinar e exigir padrões de conduta das entidades promotoras de rodeio para se evitar a infringência da citada regra de proteção aos animais.

Os tribunais brasileiros têm demonstrado grande relevância quanto às práticas de desrespeito aos animais, porém existem grandes divergências sobre a adaptação do uso de apetrechos que são considerados causadores de dores e incômodo.

Irrefutavelmente, os choques e queimaduras são considerados meio de preparação do animal para as apresentações de rodeio, atos esses que causam dor, estresse e tortura aos seres ali submetidos.

A maior causa de discussão na pauta "Rodeio" é sobre o uso do "sedém", utensílio amarrado de forma brusca e apertada em volta do corpo do boi, ao redor da virilha, puxado ao máximo no instante em que o bicho é impulsionado à arena. Alguns Tribunais estão considerando que a utilização deste instrumento causa sofrimento ao animal, sendo causador de dores e torturas, independente do material em que é confeccionado. Sendo assim, deve ser proibido.

Tendo em conta as informações acima citadas, avalia-se o seguinte trecho:

[...] Ora, o instrumento sedém, como cediço, visa produzir estímulos dolorosos nos animais, sendo, por isso, irrelevante o material com o qual é confeccionado. A função de tal instrumento é pressionar a virilha, o saco escrotal, o pênis e o abdômen do animal, provocando a dor e o sofrimento, que por sua vez levam o animal a pular, a corcovear, conforme já reconhecido por este Tribunal na Apelação Cível nº 122.093.5/1.00 (Rel. Des. Clímaco de Godoy) e Agravo de Instrumento nº 328.048.5/9.00 (Rel. Des. Sérgio Godoy), ambos da 4ª. Câmara de Direito Público.

Em compensação, o mesmo Tribunal proferiu acórdão entendendo que o uso do sedém apenas causa dores e maus tratos caso seja feito com material que não é considerado próprio para sua confecção. Esses fatos foram relatados na seguinte decisão:

[...] A sentença considerou inconstitucional o art. 4º da LF nº 10.519/02 e vedou, sem ressalva, o uso de sedém, esporas, choques, peiteiras, sinos, laços, e outros apetrechos que causem maus tratos

nas festas de peão, rodeio, montarias de touros e cavalos e em eventos similares que a ré venha a participar na Comarca de Matão. Este não é o entendimento atual da Câmara Ambiental, que veda o uso de esporas com rosetas pontiagudas ou cortantes, choques elétricos, laços sem redutor de impactos, cinta, cilha, barrigueira e sedém não confeccionado em lã natural com dimensões adequadas, conforme os padrões estabelecidos pela Secretaria Estadual da Agricultura. (BRASIL, 2002)

O Supremo Tribunal Federal ainda não considerou a pauta específica dos rodeios, tornando assim suspensa de decisão tal ação inconstitucional, esta nº 3.595, considerada pelo Governador de São Paulo, contra o Código de Proteção aos Animais do Estado (lei estadual nº 11.977/2005).

Apesar de todas as considerações e diligências dos protetores e afins, o rodeio é uma prática que gira milhões de reais por ano, além de sua alta popularidade e, maior ainda, seu número de apreciadores e investidores.

Fotografia 2 – Sédem causando dor, sofrimento e desconforto, fazendo o animal pular



Fonte: Joel Silva, Folhapress (2018)

Geralmente os bois continuam pulando mesmo após o peão cair, pois é a maneira de tentar se livrar do sédem que o incomoda. Porém, os maus tratos começam antes

mesmo da prática do rodeio em si. Até o momento de serem usados, os bois são mantidos por um grande período em currais apertados, sem alimentação e nem sequer água, com o som que chega a atingir 115 decibéis em algumas festas, o que equivale ao barulho de um estádio de futebol, o que é extremamente prejudicial aos animais, que têm a audição sensível e vulnerável.

5 RINHAS

As rinhas de animais são combates realizados entre eles, nos quais são submetidos a brigas enquanto as pessoas que presenciam tal “evento” apostam quantias em dinheiro, e recebem o valor total de apostas caso os animais escolhidos ganhem a briga. As brigas mais tradicionais no Brasil são de galos e cães. Na primeira modalidade, as aves são providas de lâminas afiadas em seus pés, onde são induzidas e forçadas a lutarem até suas mortes, levando algum dos apostadores a ser campeão das apostas. Além de toda tortura física e psicológica por ficarem confinados em lugares exacerbadamente pequenos, são submetidos a várias situações de estresses extremos, são aplicadas nos animais altas dosagens de hormônios que levam os animais a ficarem totalmente alterados, para assim iniciar-se as brigas.

Já nas rinhas entre cachorros, a raça pitbull está entre as principais que são vítimas deste mercado criminoso. São cães dóceis em suas naturalidades, mas que são treinados, confinados e torturados por seus donos para que se tornem agressivos. Existem duas modalidades de brigas entre os animais usados nessas batalhas: uma consiste em os animais serem expostos à brigas até que seus donos desistem. A segunda se trata de um confronto mais profissional, onde tal prática apenas se encerra com a morte de um dos cachorros, enquanto o outro sempre está gravemente machucado. Essa última modalidade é conhecida também como *tilldeath do uspart* (até que a morte nos separe).

O Supremo Tribunal Federal se manifestou, declarando a inconstitucionalidade de diversas leis estaduais que visam as práticas de rinhas como modalidades de entretenimento e esporte. A Suprema Corte abominou Leis como 11.366/2000 (do Estado de Santa Catarina), nº 2895/1998 (do Rio de Janeiro) e 7.380/1998 (do Rio Grande do Norte), que foram criadas a favor das realizações de rinhas. Porém, é se dada a justificativa de preservação da manifestação cultural, onde os animais são submetidos a violentos combates, justamente por contrariar o que contém no Art. 225, §1º, VII da Constituição da República. Pode ser analisado nas citações a seguir:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.366/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E

REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE “BRIGAS DE GALO”. (...) A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.

CONSTITUCIONAL. MEIO AMBIENTE. ANIMAIS. PROTEÇÃO. “BRIGAS DE GALO. (...) A Lei 2.895, de 20-3-1998, do Estado do Rio de Janeiro, ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre ‘galos combatentes’, autoriza e disciplina a submissão desses animais a tratamento cruel, o que a CF não permite: CF, art. 225, § 1º, VII. 1.

INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA. LEI NO 7.380/98, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. ATIVIDADES ESPORTIVAS COM AVES DAS RAÇAS COMBATENTES. “RINHAS” OU “BRIGAS DE GALO”. REGULAMENTAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. MEIO AMBIENTE. ANIMAIS. SUBMISSÃO A TRATAMENTO CRUEL. OFENSA AO ART. 255, § 1. O, VII, DA CF. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. PRECEDENTES. (...) É inconstitucional a lei estadual que autorize e regule, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas “rinhas” ou “brigas de galo.

Fotografia 3 – Animais ensanguentados durante rinha



Fonte: Gisele KronhardtScheffer (2019)

Além de ser motivo de diversão aos exploradores, as rinhas também movimentam uma grande quantidade de dinheiro. Muitas vezes são realizadas em grandes eventos clandestinos, por pessoas que viajaram de vários lugares do país e por vezes do mundo para ali fazerem suas apostas. Há diversos relatos e evidências de rinhas que serviam churrasco da carne dos cachorros que eram mortos aos apostadores.

Os animais que não vêm a óbito ficam sempre extremamente feridos e lesionados, físico e psicologicamente.

6 CONCLUSÃO

A alegria das pessoas que provém do uso dos animais para efetivar suas festividades, tem por trás grandes crueldades e sofrimento. A Constituição Federal garante inúmeros direitos ao ser humano, entre eles o direito a manifestações culturais. Porém não se faz justo e digno o uso de animais para prover tais diversões, considerando o fato que tais seres não humanos não têm o direito de escolha e não têm a possibilidade de opinarem sobre suas vontades e relatar os sofrimentos que a eles são predestinados.

Sendo assim, quando o acesso a cultura é decorrente da crueldade com um ser vivo, se instaura um conflito de princípios, onde é discutido o direito a manifestação cultural, previsto no Art. 215 da CF, e a preservação da fauna, está prevista no Art. 225 da CF, juntamente com a proibição aos maus tratos, este presente no Art. 32 da Lei nº 9.605/1998. Analisando todas essas garantias, fica-se evidente que a tortura e a morte de animais por mero enlevo dos seres humanos não podem ser mais importantes que o direito a vida e a dignidade que esses bichos devem ter.

Apesar da demora que o referido tema teve para que chegasse até o Judiciário, atualmente vêm ganhando grande visibilidade. Muitas questões ainda devem ser analisadas e discutidas, todavia muitas coisas já mudaram e garantiram direitos antes não considerados pela corte brasileira.

Como elucidado neste trabalho, os tribunais pátrios têm demonstrado preocupações em convir com atos cruéis contra animais, induzindo a sociedade a buscar formas de expressar a cultura e diversão, sem usufruir de nenhum ser vivo.

É de considerável importância que todas as informações neste artigo expressadas sejam consideradas e divulgadas, para que pessoas que, por ventura, ainda não analisaram a crueldade que esses animais são submetidos, tomem ciência e se posicione como

necessário. É de enorme importância que também seja induzida na educação social e ética do homem diante as outras espécies que com ele, dividem o mesmo universo.

REFERÊNCIAS

ACKEL Filho, Diomar. **Direito dos animais**. São Paulo: Themis, 2001.

DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

Farra do Boi. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Farra_do_boi>. Acesso em: 25 fev. 2021.

FERREIRA, Camila P. de Oliveira. **Direito animal vs direito cultural**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51930/direito-animal-versus-direito-cultural>>. Acesso em 28 fev. 2021.

LEITE, José Rubens Morao. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NALINI, José Renato. Ética ambiental. Campinas: Milenium, 2001. OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa, Instituto Piaget, 1995.

Redação do Migalhas. **Animal não é coisa, estabelece pl aprovado pelo senado**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/308293/animal-nao-e-coisa-estabelece-pl-aprovado-pelo-senado>>. Acesso em: 9 abr. 2021.

RODRIGUES, Silvia Gomes. **A defesa da dignidade da vida animal e a possibilidade de alteração de personalidade jurídica dos animais não humanos**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/a-defesa-da-dignidade-da-vida-animal-e-a-possibilidade-de-alteracao-da-personalidade-juridica-dos-animais-nao-humanos/>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

RIZZI, João Victor. **A cultura, a composição dos direitos constitucionais e as prioridades do estado**. Disponível em: <https://medium.com/@joaovfrizzi/a-cultura-a-composi%C3%A7%C3%A3o-dos-direitos-constitucionais-e-as-prioridades-do-estado-eb6930a5abc4>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

RODRIGUES, Kessy J. Monteiro. **Tutela jurídica dos direitos dos animais: efetividade das normas jurídicas à vedação aos maus tratos**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/tutela-juridica-dos-direitos-dos-animais-efetividade-das-normas-juridicas-a-vedacao-aos-maus-tratos/>>. Acesso em: 02 jul. 2021.

STEFFEN, Janaína Helena. **A lei brasileira reconhece que os animais têm sentimentos?** Disponível em: <<http://autossustentavel.com/2017/04/a-lei-brasileira-reconhece-que-os-animais-tem-sentimento.html>>. Acesso: 15 jul. 2021.

Saiba como denunciar maus-tratos ou crueldade contra animais. Disponível em: <<https://www.worldanimalprotection.org.br/denuncia>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

SOUZA, Fernando Speck de. SOUZA, RafaelSpeck de. **A tutela jurídica dos animais no direito civil contemporâneo (parte 3).** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/tutela-juridica-animais-direito-civil-contemporaneo-parte#author>>. Acesso em: 22 jun. 2021.

A PRIVATIZAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS BRASILEIROS

THIAGO COELHO SILVA:
Graduando em Direito pelo
CEULM/ULBRA MANAUS.

Resumo: Desde dos primórdios, já tinham a ideia de punição, pois a espécie humana sobrevive até hoje, pelo simples fato de ter a consciência de não poder fazer tudo que deseja, pois se o fizesse, seria castigado de alguma forma, mesmo há milhares de anos, o homem primitivo já era isolado, se não vivesse de acordo com as regras estabelecidas pelo clã, assim, esta ideia de punição, é uma forma de evitar que a espécie humana se dizime, e venha a extinção, porque o convívio sem regras, nos levaria a isto. Atualmente, a pena de prisão, é um dos maiores problemas enfrentados pelo Estado, no qual, princípios basilares de direitos fundamentais compreendidos pela Constituição Federal não são respeitados, quais sejam: o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da cidadania. Este artigo teve como objetivo realizar um levantamento e análise crítica sobre a privatização dos estabelecimentos prisionais brasileiro, utilizando-se como metodologia a técnica de pesquisa a revisão bibliográfica, tomando como base o método de procedimento histórico. O presente estudo nos mostra como esta nova proposta de gestão penitenciária está ocorrendo em outros países, bem como os resultados das experiências brasileiras e a problemática que envolve tal questão no âmbito jurídico e político.

Palavras-chave: Sistema Prisional; Privatização; Execução Penal; Pena

Abstract: Since the early days, already had the idea of punishment, because the human species survives today, the simple fact of having no power of consciousness do everything you want, because if he did, would be punished in some way, even thousands of years ago , primitive man was already isolated, if not live according to the rules of the clan, so this idea of punishment, is a way to prevent the human species is decimated, and come to extinction, because living without rules, would lead us to it. Currently, the prison sentence is one of the biggest problems faced by the State in which basic principles of fundamental rights recognized by the Federal Constitution are not respected, namely: the principle of human dignity, the principle of citizenship. This article aims to survey and critical analysis of the privatization of Brazilian prisons, using as methodology the research technique the literature review, based on the historical method of procedure. This study shows how this new proposal for prison management is occurring in other countries, and the results of the Brazilian experience and the problems involved in this issue in the legal and political context.

Keywords: Prison: System; Privatization; Prison Law; Setence.

Sumário: Introdução; 1 Evolução histórica do direito punir; 1.1 Vingança Privada; 1.2 Vingança Divina; 1.3 Vingança Pública; 2 Evolução histórica do sistema prisional; 2.1 Sistema Pensilvânico; 2.2 Sistema Auburniano; 2.3 Sistema Progressivo; 2.4 Sistema Penitenciário Brasileiro: aspecto histórico; 3 A Privatização Dos Estabelecimentos Prisionais Brasileiros; 3.1. O Surgimento Da Ideia Da Privatização Dos Estabelecimentos Prisionais; 3.2 Diferenciação De Privatização, Terceirização E Parceria Público Privada; 3.2.1 Privatização; 3.2.2 Terceirização; 3.2.3 Parcerias Público – Privadas – Ppp; 4 Modelos De Privatização Dos Presídios; 4.1 Modelo Norte Americano; 4.2 A Experiência Da Inglaterra; 4.3 Modelo Francês; 5 Privatização De Presídios Brasileiros: Experiências De Alguns Estados; 5.1 Paraná 5.2 Ceará; 5.3 Amazonas; 6 Momento Atual Do Sistema Prisional Brasileiro; 7 Privatização Das Penitenciárias: Problema Ou Solução? Conclusão; Referências Bibliográficas

Introdução

A forma de prisão foi utilizada na antiguidade, como mecanismo que antecede ao cumprimento da pena de execução, que eram utilizadas para prender indivíduos que estavam aguardando o cumprimento da pena de execução, apenas no final do século XVIII e no final do século XIX a prisão foi definida como pena.

A pena de prisão ao decorrer dos tempos, prevalecia apenas a ideia de castigar e se vingar, deixando esquecido o intuito da ressocialização e recuperação dos indivíduos.

No Brasil, é evidente o tratamento desumano nas prisões brasileiras e o processo de deterioração do Sistema Prisional é cada vez mais inevitável, porque acarreta problemas estruturais e administrativos do sistema penal acumulada com series de violações aos direitos dos presos.

A realidade do sistema prisional brasileiro, tem sido motivo para grandes discussões em todos os aspectos sociais e políticos, porém este problema persiste ficar apenas no aspecto teórico, pois todos enxergam o problema, discutem, porém não fazem nada para mudar está realidade e tudo continua da mesma forma, com detentos dormindo diretamente no chão, meio ambiente insalubre, pessoas doentes.

Evidente, que a desigualdade social é um dos fatores para o aumento da criminalidade, sendo apontado também como um dos motivos para a superlotação das penitenciárias, mas também devido à falta de assistência jurídica e gratuita aliada com a corrupção e péssima administração do Sistema Prisional Brasileiro, colaboram com a decadência deste sistema, demonstrando a ineficiência administrativa do Estado em relação à administração penitenciária.

Entretanto, a ausência de Políticas Penitenciárias visando a ressocialização dos presos, apresenta um risco incalculável para a sociedade, sendo uma das razões que a sociedade acaba apoiando regimes rigorosos do Estado para a população carcerário.

Os direitos humanos, tem um dos caminhos mais desafiadores, por certo, pois as penitenciárias nos passam um cenário de desolação e desespero, e o barbarismo das condições carcerárias são conhecidos por todos, assim, sendo desrespeitados os Princípios Constitucionais fundamentais, nos levando a acreditar de que a prisão chegou ao colapso.

Conforme o entendimento de Michel Foucault, que o controle social não deverá ser feito somente entre os muros, mas também fora deles. Porque dentro dos muros, nascem uma ordem política não oficial, que podemos definir como “pluralismo jurídico”, para o entendimento de Boaventura de Souza, são as facções criminosas, que ditam regras de condutas paralelas para os internos, imposta por tais facções.

Michel Foucault alertou para este tipo de poder, que a prisão ajuda a compor um sistema de micropoderes que acabam refletindo na sociedade.

Nesse sentido, a ideia inicial deste artigo científico foi realizar um levantamento e análise crítica sobre a privatização dos estabelecimentos prisionais brasileiros e verificar os principais vantagens e desvantagens acarretados para o Estado e para a sociedade verificando as condições jurídicas para os estabelecimentos prisionais e apontando as falhas adotadas pela administração das Penitenciárias em relação aos seus encarcerados.

Tendo o intuito de desmascarar a ideologia de prisão perfeita, assim a problemática deste artigo gira em torno dos seguintes questionamentos: (i) Por que o Estado decidiu pela privatização dos estabelecimentos prisionais brasileiros? (ii) Quais as vantagens e desvantagens que a privatização dos estabelecimentos prisionais brasileiros ocasionarão à sociedade quanto a recuperação e reinserção dos presos na vida social?

Sendo que a metodologia adotada por este artigo para responder tais questionamentos, foi utilizado como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica, tomando como base o método de procedimento histórico, no qual foi realizada uma análise temporal da evolução da privatização dos estabelecimentos prisionais. Com base nesse entendimento o método de abordagem deste artigo foi direcionado pelo método dedutivo que tem suas proposições enfocadas na situação geral para explicar as particularidades, a referida pesquisa, tomou como ponto de partida, a análise das primeiras privatizações penitenciárias ocorridas pelo mundo para se alcançar a implantação e desenvolvimento das privatizações penitenciárias brasileiras.

1 Evolução histórica do direito de punir

1.1 Vingança Privada

Quando ainda não existia uma sociedade politicamente organizada, ou seja, inexistia a figura do Estado, os homens viviam reunidos em tribos para sua própria proteção, ligados pelos laços sanguíneos, no qual ditavam suas próprias regras que deveriam ser cumpridas pelos demais membros, contudo quando alguém cometia dano a outrem era punido pela família da vítima, prevalecendo a fase da vingança privada ou *vindita privada*.

Conforme o doutrinador Marcão (2014, p.47), "a origem da pena é *vindita* nos povos primitivos, a ideia da pena nasceu do sentimento de vingança, inicialmente na forma privada, e posteriormente foi alcançada à categoria de direito".

A vingança privada, segundo Cordeiro (2014), é considerada como marco inicial da evolução das penas, no entanto o castigo aplicado ao transgressor representava apenas uma forma de vingança exercida pela família do ofendido e não propriamente uma punição adequada e proporcional ao delito cometido, como consequência muitas vezes a vingança tomava proporções exageradas e desproporcionais, em face do que a vítima tinha sofrido, tendo em vista que nesta fase não havia nenhum poder que pudesse assegurar a justiça.

A Lei de Talião foi considerada um grande avanço, vez que já trazia o conceito de proporcionalidade, para explicar melhor Cordeiro traz a ideia de Marques, o "olho por olho", "dente por dente", sendo considerado certo entendimento de justiça. Embora ainda estivesse atrelada a vingança privada, visava manter a proporcionalidade entre a agressão sofrida pelo ofendido e as reações realizadas pela família da vítima (MARQUES *apud* CORDEIRO, 2001, p.10).

1.2 Vingança Divina

Nesta fase da vingança divina, as punições estavam intimamente ligadas aos deuses, havendo uma relação direta com a religião. Na antiguidade a pena deixou de ter um caráter de vingança pessoal e passou a ser considerada com uma ofensa direta aos deuses. De acordo com entendimento de Cordeiro (2014, p. 11):

O cometimento de um crime, apesar de atingir diretamente a determinado indivíduo, antes de tudo, importava numa ofensa aos deuses. Desse modo, a punição passou a servir para vingar a ofensa feita à divindade pela perpetração do delito.

A presença da vontade dos deuses era notória nas ações dos homens, assim quando alguém violava uma regra imposta, estava desafiando diretamente os deuses existentes, não estava quebrando apenas uma regra, mas também estava quebrando a vontade dos deuses, e uma das formas de ficar bem novamente com todos e acalmar a fúria das divindades, era a aplicação das punições, sendo estas consideradas a própria

vontade dos deuses. Logo a vingança divina não objetivava somente punir o transgressor, mas também de dar uma resposta efetiva aos deuses e desta forma acalmar sua ira.

Segundo BITENCOURT a vingança divina se apresentava da seguinte forma (2001, p. 11):

A melhor prova de maldade do indivíduo é o abandono que dele faz Deus ao retirar-lhe a sua ajuda para superar as provas a que é submetido – da água, do fogo, do ferro candente etc. - com o que se faz merecedor automático do castigo, julgamento de Deus cujo resultado se aceita mais ou menos resignadamente.

Assim as modalidades de penas foram variando ao longo dos tempos, até o momento em que houve a separação da religião e do Estado, sendo, portanto, a pena aplicada pelo ente estatal, e não mais pelo particular.

1.3 Vingança Pública

Na fase da vingança pública o ente estatal passou a interferir nas formas de punições que seriam aplicadas ao transgressor, sendo feita através de um ente soberano e aplicando o castigo de acordo com seus interesses pessoais.

Na Grécia Antiga e na Roma Antiga, a pena aplicada geralmente era a de morte, a prisão funcionava apenas para assegurar que o infrator não fugisse, conforme BITENCOURT, a prisão era “uma espécie de antessala de suplícios e não possuía o caráter de pena” (BITENCOURT, 2001, p.04).

No período das “trevas” o soberano era considerado um representante de Deus na terra e cabia somente a ele o direito de punir quem tivesse cometido alguma infração. A prisão nesta fase tinha a finalidade custodial, no qual também tinha o intuito de garantir que o transgressor não escapasse da sua punição, e de que futuramente fosse julgado e condenado a pena de morte ou à prisão perpétua (PALMA, 2015).

Para o direito canônico, as leis dos homens eram consideradas reflexo da vontade divina, nesta fase buscava-se a reparação justa do delito cometido pelo transgressor, e para isso era necessário que o infrator fosse posto em uma sala onde pudesse refletir e se arrepender do mal feito, através de orações e penitências. E desta forma surgiram as penas privativas de liberdade bem como a ideia de penitenciárias que conhecemos no mundo contemporâneo (PALMA, 2015).

Neste período surgiram às prisões eclesiásticas e as prisões do Estado, a primeira destinada aos que violassem as regras da igreja e a segunda aos inimigos do soberano.

Com o fortalecimento da igreja e o surgimento da Santa Inquisição, várias injustiças e atrocidades foram cometidas contra os que desobedecessem às regras estabelecidas pelo direito canônico.

Já nos séculos XV e XVIII o Estado absoluto tomou como base os pensamentos de Maquiavel e Thomas Hobbes.

Thomas Hobbes acreditava que pelo fato do homem ser egoísta por natureza, era o responsável por não saber viver em sociedade, ocasionando o estado de aflição e guerra constante entre os homens, logo para evitar tais desordens o Estado poderia agir de forma ilimitada sobre os indivíduos de modo a impedir tais conflitos. Para Hobbes a pena tinha por finalidade a correção do transgressor, bem como de que este servisse de exemplo para todos os outros que ousassem violar as regras (HOBBS, 2004).

Contudo, para Maquiavel o Estado absoluto servia para reafirmar o poder do soberano, assim como manter a ordem social, mesmo se fosse necessário agir com crueldade (MAQUIAVEL, 2001).

A Teoria do Contrato Social formulado por Rousseau era contrário ao entendimento de Thomas Hobbes e de Maquiavel, visto que defendia que a pena ao ser aplicada não tinha o objetivo de fortalecer o poder do soberano e sim a soberania do Estado, logo os que cometiam crimes eram considerados traidores da pátria e estariam, portanto, indo de encontro ao Estado (ROUSSEAU, 2001).

Já no final do século XVIII e início do século XIX, as punições eram aplicadas através de suplícios, que eram consideradas verdadeiros teatros de horror, tendo, segundo entendimento de Foucault (2013), a finalidade de produzir uma certa quantidade de sofrimento.

2 Evolução histórica do sistema prisional

As primeiras instituições penitenciárias foram criadas em 1552, em Amsterdã, na Holanda, conhecidas como *House of Correction*, com o objetivo de corrigir o infrator pelo trabalho e ensino religioso, que era administrada com uma disciplina rígida.

Posteriormente, surgiram por toda a Europa as *Workhouses*, eram sistemas penitenciários que utilizavam a mão de obra dos presos para trabalhos forçados, sendo que a reabilitação não era nem cogitada, sendo totalmente desprezada por este modelo penitenciário. Logo em seguida, surgiram as casas de correção destinadas a delinquentes de menor periculosidade as (*Rasphius e Spinhis*), a pena aplicada poderia ser reduzida de acordo com o comportamento do detento e o trabalho era comum e remunerado (CORDEIRO, 2011).

Posteriormente surgiram os sistemas penitenciários nos Estados Unidos, consistindo que as condutas eram estabelecidas por ensinamentos religiosos. O problema da superlotação carcerária nos Estados Unidos vem desde 1980, acompanhado pelos custos crescentes, contudo desde esta época que os EUA vêm investindo maciçamente em estudos e pesquisas com intuito de viabilizar alternativas para a crise ali instalada, tendo em vista o retorno a longo prazo (MINHOTO, 2000).

1.1 Sistema Pensilvânio

O advento da complexidade da sociedade trouxe consigo o aumento da criminalidade, assim, o Estado desde do século XIX, tornou-se detentor do direito de executar as sanções penais, desde então, vários sistemas penitenciários surgiram com o intuito de abrigar a crescente população carcerária, nesse sentido Cordeiro traz a definição de execução penal dada por Irene Batista Muakad, "é a organização criada pelo Estado para a execução das sanções penais que importem privação ou restrição da liberdade individual" (MUKAD apud CORDEIRO, 2014, p.26).

Desta forma apareceram diversos tipos de Sistemas Penitenciários, sendo que os Sistemas Penitenciários Clássicos que surgiram foram três, a saber: Sistema Penitenciário Pensilvânico, Sistema Penitenciário Auburniano e Sistema Penitenciário Progressivo.

O Sistema Penitenciário Pensilvânico ou filadélfico também conhecido como Sistema Penitenciário da Filadélfia ou Belga, foi criado em 1829, segundo seus idealizadores acreditavam que somente no silêncio absoluto, a sós com sua consciência, o detento poderia redimir-se de seus erros. O isolamento seria capaz de propiciar ao preso o repensar de sua conduta (GALVÃO, 2009).

Este Sistema tem um regime rigidamente celular, submetido a isolamento absoluto, ademais este silêncio absoluto a que os presos eram submetidos não tinha a finalidade reabilitadora, servia somente para isolá-los do convívio social e familiar, levando-os a sofrerem frequentemente distúrbios psicóticos e até mesmo a loucura.

O Jeremy Bentham criou o modelo adotado por este sistema, conhecido como panóptico, sendo idealizado para dar a sensação de estarem sendo observados de forma ininterruptas, pois eram edifícios circulares, onde as celas ocupavam a circunferência, sendo que não havia possibilidade de comunicação entre os presos e o inspetor ficava bem no centro onde tinha visão panorâmica de todos os presos (BITENCOURT, 2001, p. 65).

Dessa forma, diante da extrema rigidez com que o Sistema Pensilvânico era aplicado, submetendo o condenado ao silêncio absoluto, objetivando apenas a punição, sem que houvesse qualquer intuito ressocializador ao preso, acabou por se mostrar ineficaz, tanto que provocava nos presos uma doença conhecida como "loucura

penitenciária”, e BITENCOURT faz a referência de Enrico Ferri para definir deste sistema como “desumano, estúpido e inutilmente dispendioso” fazendo com que os estudiosos o substituíssem pelo Sistema Auburniano na cidade de Nova Iorque nos EUA (FERRI apud BITENCOURT, 2001, p. 65-66).

2.2 Sistema Auburniano

O segundo sistema penitenciário a surgir foi o auburniano, descrito por Minhoto (2000, p. 111):

De acordo com o sistema penitenciário auburniano, o isolamento do preso se dava apenas no período da noite. Durante o dia, os presos exerciam um trabalho em comum, mediante silêncio absoluto, mantidos sob uma austera disciplina, com horários rígidos e atividades delimitadas, cujo descumprimento importava na aplicação de castigos corporais.

No Sistema Auburniano o trabalho na prisão era obrigatório, visto que naquela época os Estados Unidos estava passando pelo processo de industrialização e necessitava de mão de obra para ajudá-los neste processo, ademais o sistema capitalista exigia grande escala de produtos industrializados, logo os empresários poderiam explorar mão de obra mais barata, tendo em vista que pagariam menores salários aos presos, assim poderiam deixar os custos de produção mais baixos refletindo no preço final, tornando os produtos mais competitivos em detrimento de outros concorrentes e os presos poderiam utilizar a sua renda para custear as despesas na prisão, ou de guardar para quando obtivesse sua liberdade (MINHOTO, 2000).

Dessa forma, o sistema pensilvânico e o auburniano, acreditavam que o silêncio e o isolamento eram responsáveis para manter hábitos saudáveis aos presos, evitando desta forma, influência externa no cotidiano das penitenciárias.

Porém este sistema também não estava preocupado com a ressocialização dos presos, mas sim acreditavam que através do trabalho e do isolamento noturno pudessem se arrepender dos crimes cometidos, e com base neste arrependimento pudessem retornar para a sociedade uma nova pessoa. Contudo, este sistema que estabelecia silêncio absoluto dos presos “*silente system*”, também não permaneceu por muito tempo, pois a sociedade achava desumano a forma que tratavam os presos, assim o capitão da Marinha Real o Alexander Maconochile, em 1840 na Inglaterra modificou o sistema penitenciário para o progressivo como analisaremos a seguir.

2.2 Sistema Progressivo

O sistema penitenciário progressivo, foi criado com a intenção de humanizar o tratamento dado aos presos, pois para esse sistema os fatores que eram levados em consideração para que houvesse a progressão do regime e para que o preso alcançasse sua tão sonhada liberdade, era o trabalho e o comportamento que desempenhavam dentro da prisão. Neste sistema, ao contrário dos dois anteriores, havia uma preocupação com a ressocialização dos presos, tanto que preparavam eles antes de serem inseridos novamente na sociedade (BITENCOURT, 2001).

Como menciona Cordeiro (2014, p.31), o grande difusor desse sistema foi o espanhol Manuel Montesinos y Molina, no qual, acreditavam que a força do trabalho é fundamental para a redução do apenado.

O sistema progressivo funcionava através de etapas, porém o progresso na execução da pena dependia dos próprios presos, pois se fossem bem-comportados e bons trabalhadores, conseguiam passar de fase como uma espécie de um jogo, até conseguir alcançar a última fase que seria a sua liberdade (LEAL, 2001).

O sistema progressivo significou um avanço penitenciário, pois trouxe muitas melhorias, sejam, no tratamento dos presos, direitos, posto que as suas opiniões e necessidades finalmente foram ouvidas e levadas em consideração, além da diminuição no rigor da aplicação da pena, dando assim oportunidade aos presos de alcançarem novamente a sua liberdade (BITENCOURT, 2001).

O Brasil adotou este sistema progressivo de acordo com Greco (2014), levando em consideração o merecimento do condenado, atualmente a nossa legislação dispõe de três regimes progressivos: fechado, semiaberto e aberto, como podemos observar conforme o artigo 59 do Código Penal.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

De acordo com o entendimento do Grecco (2014, p.490), conforme o (artigo 33, parágrafo 1º do Código Penal), considera-se regime fechado a execução de pena em estabelecimento de segurança máxima ou média, regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, indústria ou estabelecimento similar, aberto, a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

2.3. Sistema Penitenciário Brasileiro: aspecto histórico

A história das Políticas Públicas Penitenciárias é marcada pelo total descaso, sendo marcada pelas penitenciárias isoladas em ilhas e lugares distantes, no qual escondiam a realidade marcada pelo maus-tratos, tortura, promiscuidade e vícios.

Os juristas preocupados com a ressocialização dos apenados, não pouparam esforços em construir modelos perfeitos de penitenciárias para não interferir na administração da sociedade, contudo esses modelos não passaram de meras utopias, porque foram construídas na realidade em práticas de dominação, estabelecendo relações de força, poder e violência (SILVA MATOS, 1985).

O livro V das Ordenações Filipinas do Reino, foi o primeiro a fazer referência sobre a prisão no país, sendo um código de leis portuguesas que foram implementadas no Brasil durante o período Colonial. Este código estabelecia a colônia como presídio de degredados, na Carta Régia de 1769, criando ainda a Casa de Correição no Rio de Janeiro.

A Constituição de 1824, trazia a normatização de como deveriam ser as prisões, seguras, limpas e de que deveria haver a separação dos réus de acordo com a natureza do crime, porém, o cotidiano das prisões, revelavam tudo ao contrário, evidenciando o total descaso público, demonstrando que não havia interesse algum pela administração das penitenciárias, ficando na realidade a critério dos carcereiros (SILVA MATOS, 1985).

O Código Penal de 1890 constituiu novas modalidades de penas: prisão com trabalho obrigatório, prisão celular, reclusão, banimento, prisão disciplinar, interdição, suspensão, perda do emprego público e multa. De acordo com artigo 44 Código Penal, proibia as penas perpétuas e coletivas, estabelecendo que as penas restritivas de liberdade individual deveriam ser temporárias e não poderiam extrapolar os trinta anos.

Em 1893, foi fundada a Colônia da Fazenda Boa Vista, na Paraíba, responsável por receber os criminosos sociais, vagabundos e que andassem armados, ou seja, a finalidade era manter as classes perigosas fora do convívio social.

Já no início do século XX, apareceram tipos modernos de prisão seguidos por categorias criminais: contraventores, menores, processados, loucos e mulheres. Tentando realizar a melhor distribuição e racionalização do espaço, para o melhor controle da população carcerária, os presos adquiriram mais alguns benefícios por bom comportamento, como, *sursis* e prisão condicional (CORDEIRO, 2014).

As propostas de 1935 seguiram o mesmo modelo do Código Penal de 1890, conhecido como Código Penitenciário da República. Este Código possuía sanções extremamente cruéis que eram aplicadas ao condenado, tendo como principal objetivo a punição do preso e não sua regeneração, entretanto o rol das penalidades internas era bem mais abrangente do que o Código de 1890 (SOUZA, 2010).

No ano de 1937, as colônias agrícolas apenas receberiam os julgados e condenados pelo Tribunal de Segurança Nacional, sendo na realidade uma alternativa de exploração da mão de obra do preso, pois estes deveriam produzir alguma coisa, aumentando assim o lucro do mercado capitalista e por conseguinte reduzindo os custos deste preso na prisão (SOUZA, 2010).

Em 1961, o Brasil modificou a legislação criminal e contratou o Nelson Hungria, que é mestre em Direito Penal para que modificasse a Parte Geral, mudando do Sistema Duplo Binário (medidas de segurança para os imputáveis) para o Sistema Vicariante (pena ou medida de segurança para o semi-imputável) (CORDEIRO, 2014).

Com a atual Constituição Federal, promulgada em 1988, com Estado Democrático de Direito, necessariamente o Direito Penal e Direito Processual Penal, tiveram que se moldar a nova realidade que estava sendo apresentada, não podendo mais o Direito Penal ter o significado único de punição, sendo necessário obedecer a Carta Magna com seus princípios visando a dignidade da pessoa humana (OLIVEIRA, 2002).

Contudo esse doce desejo de mudança não perdurou, porque a realidade nos evidencia o contrário, pois as penitenciárias brasileiras são consideradas apenas como depósitos humanos, continuando com o objetivo de apenas punir, deixando longe o objetivo de reintegrar ou reabilitar os transgressores para à sociedade.

No entanto é de suma importância a existência de uma Política Criminal que esteja de acordo com os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, evitando ao máximo a aplicação da pena restritiva de liberdade, ou seja, aplicando somente quando realmente necessário, visto ser essa a *última ratio* do direito, e respeitando os princípios instituídos pela Constituição Federal, como exemplo a dignidade da pessoa humana (CORDEIRO, 2014).

3.A PRIVATIZAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS BRASILEIROS

3.1. O surgimento da ideia da privatização dos estabelecimentos prisionais

Um dos percussores que trouxe a ideia de privatização dos presídios foi Jeremy Bentham em 1761, naquela época ele já era a favor de transferir a administração dos presídios aos particulares, conforme Oliveira (2002, p.321), ao entregar a administração aos particulares poderiam usá-las como fábricas.

Defendia a ideia de que a mão de obra dos apenados deveria ser explorada pelos administradores particulares dos presídios, pois acreditava que através do trabalho do preso seria possível compensar o Estado, pelo cometimento do crime e pelos gastos que o Erário despendia para mantê-lo encarcerado, além da vantagem da mão de obra dos presos ser bem mais baixas do que dos homens livres (OLIVEIRA, 2002).

O contratante da administração do presídio tinha discricionariedade de administrá-lo da forma que fosse mais vantajoso para ele, contudo este deveria respeitar direitos basilares do homem dentro do presídio, como de os apenados não serem maltratados, não passarem fome e não morrerem em grande número. Ademais, quem impunha estas questões de respeito ao preso era o próprio Bentham, posto que já possuía uma percepção de como funcionava a rigidez da administração dos presídios (BENTHAM, 2000).

É interessante ressaltar, que há inúmeras semelhanças entre a forma de vigilância realizada pelo modelo panóptico de Bentham e a forma como são realizadas as vigilâncias dos atuais presídios, pois no modelo panóptico havia a preocupação da vigilância constante dos presos, justamente para evitar motins, brigas ou conspirações para fugir, e nos presídios contemporâneos essas preocupações já levantadas por Bentham no século XVIII permanecem, visto que a vigilância dos presos é feita de forma ininterrupta através de circuito de vigilância de câmera, demonstrando ter as mesmas finalidades visadas naquela época (DONAHUE, 1992).

O processo de privatização das prisões foi impulsionado nos Estados Unidos, a partir da década de 80, quando o sistema penitenciário público começou a entrar em colapso devido à superlotação (GRECO, 2015).

Assim, diante de toda a problemática existente na administração dos presídios modernos, é possível elencar inúmeros motivos que fizeram com que a privatização das penitenciárias fosse novamente aplicada na atual conjuntura, alguns doutrinadores defendem que o sistema penitenciário está falido e que os legisladores precisam encontrar alternativas viáveis para conseguirem a reestruturação desse sistema (GRECO, 2015).

Dessa forma Greco menciona K. M. Espinoza Velázquez e M. Mengana Catañeda, nos quais destacam 5 (cinco) fatores que contribuíram para o desencadeamento da crise penitenciária:

- a) Ausência de compromisso por parte do Estado, sendo que nunca foi prioridade do governo solucionar os problemas relacionados com o sistema carcerário;
- b) Controle ineficiente por parte daqueles que deveriam atuar/fiscalizar o sistema penitenciário, não sendo esta responsabilidade somente do Poder Executivo, mais também dos órgãos competentes para a fiscalização, como Ministério Público, Poder Judiciário e a Defensoria Pública;
- c) Superlotação carcerária, a cultura da prisão como solução de problemas sociais tem contribuído para este fenômeno, outro argumento diz respeito à falta de verbas para a construção de novos presídios, além do aumento da criminalidade;
- d) Ausência de programas destinados à ressocialização dos condenados, vez que o sistema carcerário deveria cumprir a função ressocializadora, ou seja, incentivar o condenado a executar atividades que lhe foram privadas extra muros, facilitando o seu retorno a sociedade, e não deixando-o cumprir sua pena na ociosidade.
- e) Ausência de recursos mínimos para a manutenção da sua saúde: ambiente promíscuo, insalubres e superlotados, ficando o detento vulnerável a toda sorte de doenças contagiosas, vez que o sistema penitenciário é carente de profissionais da área de saúde ou não possuem medicamentos destinados ao restabelecimento da saúde do preso (VELÁZQUEZ; CATAÑEDA apud GRECO, 2015, p. 225).

Destarte a ideia de privatização das penitenciárias é enaltecida diante de tantos problemas existentes e do colapso que assolou o sistema carcerário, tendo sido considerada por muitos defensores uma das formas de minimizar os problemas que envolvem a crise carcerária, assim surgem vários apoiadores da privatização das prisões, alegando a redução dos gastos do Estado, além de acreditar na eficiência e compromisso da iniciativa privada na administração das penitenciárias (GRECO, 2015).

Ademais essa tendência de privatização dos presídios é reflexo do Estado neoliberal, no qual prevalecia o entendimento do Estado mínimo, sendo o único objetivo do erário o lucro.

Por várias razões, o Estado neoliberal está desestatizando alguns serviços públicos, como saúde, educação, previdência, sob o argumento de que a iniciativa privada desempenha serviços mais eficientes com menores custos para o Estado.

3.2 Diferenciação de Privatização, Terceirização e Parceria Público Privada

3.2.1. Privatização

Com a finalidade de diminuir a intervenção do Estado na vida social e na economia, surgiu a figura da desestatização, que de acordo com Amaral Filho (1996, p. 41), pode ser definida como “um amplo movimento da sociedade contemporânea em direção a mais democracia e mais autonomia para decidir seus próprios destinos, sem a tutela onipresente do Estado”.

Segundo de Carvalho, à privatização dos presídios pode ser conceituada como:

A transferência da responsabilidade do Estado em executar a pena privativa de liberdade para o particular, a quem caberia administrar o estabelecimento penitenciário em toda a sua plenitude, inclusive, com pessoal contratado, desvinculado da Administração Pública (Carvalho, 2014, p.116).

Com relação à privatização do sistema prisional, entende-se que a administração dessas unidades é de total responsabilidade do particular, sem nenhuma interferência do Estado, ficando o setor privado responsável por construir os estabelecimentos prisionais e executar a pena privativa de liberdade.

O conceito amplo de privatização segundo Maria Sylvia Di Pietro (2015), tem como principal objetivo diminuir o tamanho do Estado, que abrange: a) a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico); b) a desmonopolização de atividades econômicas; c) a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização); d) a concessão de serviços públicos (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada e não mais a empresas estatais); e) os *contracting out* (como forma pela qual a administração pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços); é nesta última fórmula que entra o instituto da terceirização.

3.2.2 Terceirização

Para a doutrinadora Greicianny Carvalho, a terceirização dos estabelecimentos prisionais é entendida da seguinte forma:

Terceirizar consiste na contratação de uma empresa (tomadora) por outra prestadora de serviço para realização de determinadas atividades-meio, que podem se tratar de bens, serviços ou produtos Carvalho (2014, p. 117).

Logo a terceirização acaba sendo uma parceria entre a empresa tomadora de serviço com a empresa prestadora de serviço, no qual a tomadora se dedicará a desenvolver a atividade fim, enquanto a prestadora será responsável em desempenhar a atividade meio, sendo que todas as empresas gozam de direitos e obrigações, com principal objetivo de obter lucro no negócio.

A terceirização pode também ser demonstrada como uma forma de privatização, ou seja, o poder público gerencia a atividade prestada pelo setor privado, e contrata uma empresa privada para prestar serviços para a realização de determinada atividade-meio (vigilância, limpeza, manutenção, publicidade, conservação, etc), que poderá oferecer bens e/ou serviços (DI PIETRO, 2015).

Podemos apontar alguns benefícios com a adoção da terceirização, visto que possibilita que a empresa que transferiu os serviços, concentre sua atenção somente na atividade-fim, podendo assim, reduzir gastos nos custos administrativos, com direitos trabalhistas e previdenciários (CORDEIRO, 2014).

Assim o Direito Administrativo nos dispõe de algumas modalidades para a transferência da execução de determinados serviços públicos aos particulares, que são a concessão ou a permissão, sendo também estas consideradas modalidades de terceirização.

Conforme o artigo 175 da Constituição Federal, "incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos".

Assim, Di Pietro define concessão do serviço público como:

O contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore por sua conta em risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais (Di Pietro, 2015, p. 239).

Dessa forma o poder público transfere somente a execução do serviço público, sem transferir as prerrogativas do Estado, permanecendo o ente público responsável por fiscalizar essas atividades desempenhadas pelo particular.

3.2.3 Parcerias Público – Privadas - PPP

As parcerias público-privadas (PPP's), foram instituídas e reguladas pela Lei Federal 11.079/04, sendo consideradas modalidades de contratos administrativo de concessão.

A definição legal da parceria público-privada encontra-se no artigo 2º da Lei Federal 11.079/04: "é o contrato administrativo de concessão na modalidade patrocinada ou administrativa".

A professora Di Pietro definiu as duas modalidades em um conceito único, que segue:

é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público (Di Pietro, 2005, p. 162).

Para Alexandrino (2015, p. 818) o principal objetivo das parcerias público-privadas é:

Atrair o setor privado nacional e estrangeiro, basicamente para investimentos em projetos de infraestrutura de grande vulto, necessários ao desenvolvimento do país, cujos recursos envolvidos excedem a capacidade financeira do setor público.

A contratação da parceria público-privado será precedida de licitação na modalidade de concorrência, conforme preceitua o artigo 10 da Lei 11.079/04, sendo um contrato de concessão, não podendo ser firmado este tipo de contrato quando o valor for inferior a R\$ 20 milhões de reais, com o período não inferior a 5 anos e não superior a 35 anos.

Fazendo uma comparação com a terceirização, o principal objetivo das parcerias público-privadas é de buscar uma cooperação com o particular, para assim conseguir arrecadar investimento privado nos quais, envolvem custos elevados, bem como para conseguir cumprir determinadas tarefas, que em tese, serão melhores executadas pelas empresas privadas.

4. Modelos de privatização dos presídios

4.1. Modelo Norte Americano

A ideia contemporânea de privatização das prisões surgiu em meio a um sistema penitenciário falido, em que a pena de prisão se encontra em franco declínio, marcada pelo flagrante desrespeito aos direitos humanos, inviabilizando por completo a ressocialização do indivíduo.

Depois dos estudos sociológicos desenvolvidos pela Escola de Chicago, apresentando como resultado que o crime na verdade era um “fenômeno social” e não patológico, biológico e individual como acreditava antes (CORDEIRO, 2014, p.76).

No início da década de 80 começou nos Estados Unidos as privatizações no sistema penitenciário, baseado na crise que lá estavam passando, com aumento da criminalidade e superlotação das mesmas, desta forma, a privatização foi dada como alternativa de retornar a crise carcerário, contudo, havia outros interesses por trás deste processo, porque acreditava-se que o Estado economizaria ao passar a responsabilidade da administração ao particular e assim os particulares lucrariam, pois este seria mais um novo mercado que ainda não tinha sido explorado pelos capitalistas (MINHOTO, 2000).

Porém o sistema penitenciário norte americano teve o seu colapso, porque a política que adotavam era *hands off*, o poder da administração carcerária era quase ilimitada sendo que os juízes e tribunais norte americanos não interferiram na execução penal do apenado, o recluso ao adentrar o sistema penitenciário sofria uma espécie de “morte civil”, porque ficava privado de todos os seus direitos constitucionais (CORDEIRO, 2014).

Entretanto ao abandonar a política do *hands off*, trouxe sérios prejuízos ao Estado, porque necessitaria destinar maiores verbas ao sistema penitenciário, porém não tinham orçamento destinado para tal fim, necessitariam fazer empréstimos para conseguir tirar o sistema penitenciário da crise, depois de incontáveis debates políticos e inúmeras consultas na legislação vigente foi encontrada uma solução aparentemente viável, na qual, o financiamento de prisões seria realizada pela iniciativa privada (ROSAL BLASCO, 1998).

Nesta mesma década, houve um crescente aumento da criminalidade norte americana, assim o Governo Americano resolveu adotar a política de tolerância zero, que teve fundamento na teoria “janela quebrada” onde nesta teoria pregava que os pequenos delitos deveriam ser combatidos de igual forma aos crimes mais graves, havendo um endurecimento das leis penais e das suas sanções, conseqüentemente aumentando ainda mais a população carcerária (ROSAL BLASCO, 1998).

A política de tolerância zero teve seu fundamento na teoria das janelas quebradas, segundo qual o Freitas (2002, p.111), descreve a seguir:

Uma simples janela quebrada é um sinal de que ninguém se importa ou cuida daquele imóvel e isso leva a outros danos e que uma situação individual de desleixo pode contaminar toda a área, que entra numa espiral de deterioração tanto física quanto das relações sociais de que é palco.

De acordo com Cordeiro (2014), foi criada uma cultura baseada que quanto maior o índice de encarceramento, menor será o índice da criminalidade nos EUA, sendo que esta política foi sustentada pela iniciativa privada através das privatizações, pois com o aumento da população carcerária havia necessidade de construções de novos presídios, além da destinação de recursos para manter a administração dessas penitenciárias.

4.2.A Experiência da Inglaterra

Na década de 80, também surgiu a ideia de privatização, sendo que as penitenciárias britânicas também estavam passando por uma crise semelhante a norte americana, com a superpopulação e os altos custos para administrá-las, além de terem adotado a política de "tolerância zero" dos Estados Unidos, sendo que a única diferença que esta política era destinada somente aos imigrantes. Também tomando como alternativa para resolução do problema carcerária as privatizações das penitenciárias (ROSAL BLASCO, 1998).

A adoção britânica da privatização de penitenciária difere do modelo norte americano por centralizar o poder nas mãos do Estado e ainda ser financiada com dinheiro arrecadado por meio de impostos ou de empréstimos ao mercado, contrariamente ao que ocorre nos Estados Unidos, onde as receitas para construção de prisões são financiadas com títulos públicos que necessitam de aprovação legislativa para ser emitidos e são limitados a determinado valor (ROSAL BLASCO, 1998). Contudo, também adotaram a forma de privatização das penitenciárias como alternativa de saírem da crise carcerária que se encontravam na década de 80.

4.3. Modelo Francês

Na França, a ideia da privatização dos presídios também surgiu por causa da crise em que vivia o sistema. Havia superlotação, que conduzia ao questionamento não só da política penitenciária seguida ou a se seguir, porém, mais genericamente sobre a política criminal adotada (OLIVEIRA, 2002).

No sistema de privatização francês há uma dupla gestão, incumbindo ao Estado e também ao grupo privado o gerenciamento e a administração conjunta do estabelecimento prisional.

Ao Estado incumbe a indicação do diretor-geral do estabelecimento e a responsabilidade pela segurança interna e externa da prisão, bem como a relação com juízo de execução penal; enquanto à empresa privada compete fornecer e gerir o trabalho, educação, transporte, alimentação, lazer, assistência social, jurídica, espiritual e saúde física e mental do preso, e receberá um valor, pago pelo Estado, para cada preso. No modelo, portanto, todos os serviços penitenciários podem ser privatizados, com exceção da direção, da secretaria e da segurança (OLIVEIRA, 2002).

De acordo com Oliveira (2002, p. 226), o modelo francês é semelhante ao modelo brasileiro de algumas penitenciárias, como, a Guarapuava no Paraná.

O modelo adotado no território francês se orienta pelos seguintes princípios: "a) a gestão mista: setor público e iniciativa privada gerenciam e administram, conjuntamente, o estabelecimento construído pela empresa privada; b) cabe à empresa privada a tarefa de promover o trabalho, a educação, o transporte, a alimentação e o lazer, bem como a assistência social, jurídica, espiritual e a saúde física e mental do preso; c) o diretor geral do estabelecimento pertence ao serviço público; d) a guarda dos presos é responsabilidade da empresa privada; e) segurança interna a cargo da empresa privada; f) segurança externa a cargo da polícia do Estado; g) pela administração das atividades e serviços, o Estado paga por preso, por dia, à empresa privada, 150 francos (cerca de 25 dólares); h) o contrato de gestão da empresa privada tem a duração de dez anos, podendo ser renovado; i) o Estado pode vetar a administração de um serviço selecionado pela instituição privada para participar da regência administrativa da Penitenciária."

5 Privatização de presídios brasileiros: experiências de alguns estados.

Com objetivo de procurar uma resposta mais efetiva para a crise que afligia o sistema penitenciário brasileiro, em 1992, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), órgão subordinado ao Ministério da Justiça, propôs formalmente a adoção das prisões privadas no Brasil.

Edmundo Oliveira defendeu a privatização brasileira, acreditando, "poderia ser resolvido o problema da superpopulação carcerária, além de propiciar uma verdadeira ressocialização dos presos" (OLIVEIRA, 2002, p. 341).

A justificativa do (CNPCP) para as privatizações, seriam de que os principais problemas poderiam ser resolvidos, como, superlotação, dignidade dos presos, com intuito de proporcionar uma verdadeira ressocialização dos presos, além de introduzir um sistema penitenciário um modelo de administração moderna.

No entanto, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de São Paulo, rejeitou legalmente a proposta da privatização, entendendo que esta iniciativa traria um retrocesso histórico para o incremento da política criminal, sendo que a pena é uma função pública intransferível, sendo esta proposta simplesmente arquivada (OLIVEIRA, 2002).

Destarte, atualmente com o aumento da criminalidade e endurecimento das leis penais, ocorreu um aumento considerável da população carcerária, ao contrário de 1992, quando a OAB e o Ministério Público e a magistratura eram contra a proposta de privatizações dos presídios, nos dias de hoje, nenhuma dessas instituições não tem apresentado manifestações contra tal ideia, tanto que alguns Estados, a exemplo o Estado de Goiás, já apresentaram projeto de lei nº 1.727/96 na Câmara dos Deputados sobre a permissão a particulares para a prestação de serviços penitenciários (KUEHNE, 2000).

5.1 Paraná

A Penitenciária Industrial de Guarapuava (PIG) foi a primeira Penitenciária Industrial do País, sendo construída com recursos do governo federal e estadual, a priori seu principal objetivo foi para a ressocialização do interno e a interiorização das unidades penais, os presos do interior ficariam mais próximo da família.

A PIG tem capacidade para 240 presidiários, sendo que a administração foi terceirizada, sendo responsável pela alimentação, assistência médica e jurídica, contudo apostam principalmente no trabalho como alternativa para a ressocialização dos presos, porém ao trabalharem eles recebem a contrapartida de serem remunerados e ao mesmo tempo receberem o benefício da redução da pena.

O objetivo desta unidade era oferecer novas alternativas para o apenado, proporcionando cursos profissionais e trabalhos, objetivando a sua ressocialização.

5.2 Ceará

A implantação da gestão compartilhada em presídios no Ceará teve início em 2000, com o Sistema Penitenciário Industrial Regional do Cariri (PIRC) no Juazeiro do Norte. Também funcionava como empresa terceirizada, que tem a responsabilidade de selecionar a mão de obra necessária dos presos para o desenvolvimento da Penitenciária Industrial do Cariri, sendo que todos os encargos administrativos e trabalhista fica por conta da empresa privada.

Considerada de segurança média, a PIRC possui capacidade para 544 presos, sendo que todas as celas são coletivas, e possuem monitoramento de câmeras 24 horas por dia, no período de três anos não haviam ocorridos nenhuma rebelião ou fuga.

Em 2001, foi inaugurada a núcleo de ressocialização com o objetivo de preparar os ex presidiários para enfrentar as discriminações da sociedade, sendo que os presos recebem recreações e aulas também ouve palestras com psicólogos, justamente para terem noção que irão encontrar na sociedade após a sua liberdade.

Em 2002, o governo do Ceará levando a sério a política de terceirização dos serviços penitenciários, inaugurou a Penitenciária Industrial Regional de Sobral (PIRS) e o Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira II.

5.3 Amazonas

No Amazonas, as três penitenciárias foram terceirizadas firmando parceria com a Companhia Nacional de Administração Penitenciária (Conap). São elas: Complexo Penitenciário Unidade Prisional do Puraquequara, com capacidade para 614 internos, destinado aos presos provisórios; Instituto Penal Antônio Trindade, presídio de segurança máxima com capacidade para 496 presos do regime provisório; e Complexo Penitenciário Anísio Jobim, presídio com capacidade para 450 presos do regime fechado e 138 vagas no regime semi-aberto (estas não terceirizadas, sendo administradas pela Secretaria de Justiça do Estado) (MAURÍCIO, 2011).

Os problemas das penitenciárias não podem ser resolvidos de uma hora para outra, porém em ambientes controlados e transparentes, os riscos de motins e rebeliões podem ser evitados. Contudo os motins geralmente acontecem pela falta de respeito aos direitos dos presos. Resolvidos tais problemas, reduzem-se os riscos de revoltas. Outros fatores, é certo, especialmente relacionados a conflitos entre grupos criminosos, podem conduzir a movimentos de rebelião (MAURÍCIO, 2011).

Um sistema duro de disciplina, com respeito aos direitos humanos e fundamentais dos presos, esvazia consideravelmente essa perspectiva. Resta a superlotação, que, por si só, fomenta ambientes de risco. Nesses casos, não apenas a expansão da rede prisional constitui alternativa idônea. Tem-se, ainda, a necessidade de redistribuição dos presos no sistema, a partir de uma gestão pública compartilhada entre o Executivo e o Judiciário, aliviando focos de tensão.

6. Momento atual do sistema prisional brasileiro

Conforme o (Quadro 1 - Países com maior população prisional do mundo) abaixo demonstra o ranking dos 10 (dez) países com as maiores populações carcerários do mundo

em valores absolutos, de acordo com os dados estatísticos retirados do Departamento Penitenciário do Governo Federal Brasileiro (DEPEN).

Quadro 1 - Países com maior população prisional do mundo.

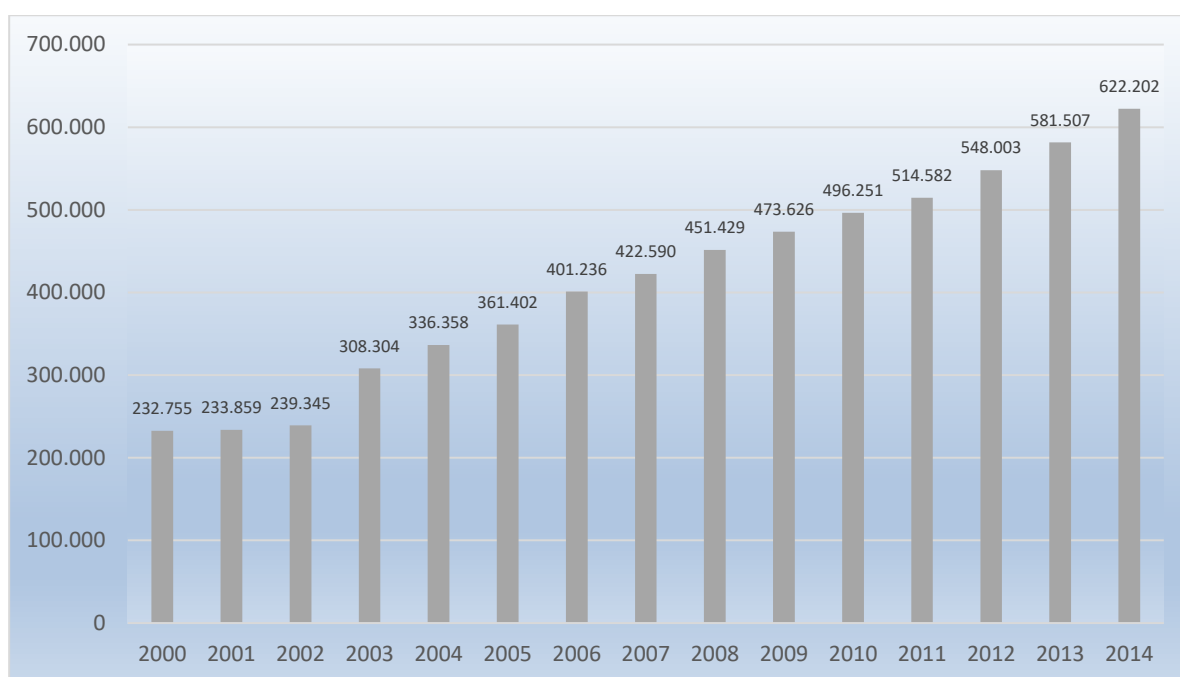
1	Estados Unidos da América	2.185.000	2019
2	China	1.700.000	2019
3	Brasil	622.202	2020
4	Rússia	595.202	2020
5	Índia	478.313	2020
6	Tailândia	314.858	2019
7	México	255.138	2019
8	Irã	225.624	2019
9	Turquia	176.268	2020
10	Indonésia	173.713	2019

Fonte: Elaboração própria, com dados do DEPEN, último dado disponível para cada país.

No entanto, temos que levar em consideração as particularidades de cada país, tirando como exemplo a Índia que possui uma população de aproximadamente 1,3 bilhões de habitantes, seis vezes a mais que do Brasil, sendo que a população atual brasileira conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2016) é de aproximadamente 207 milhões habitantes de acordo com a última atualização do mês de outubro de 2016, e mesmo assim, a Índia possui 200 mil presos a menos comparado com o Brasil, para realizar estas comparações é preciso levar em consideração as principais políticas públicas penitenciárias adotadas por cada país.

Realizando comparação do crescimento populacional nos últimos 14 anos, conforme o (Gráfico 1 – Evolução da população prisional no Brasil), podemos analisar crescimentos de 167,32%, bem acima do aumento populacional.

Gráfico 1 – Evolução da população prisional no Brasil



Fonte: Relatórios Estatísticos Sintéticos do Sistema Prisional Brasileiro - 2000 a 2014

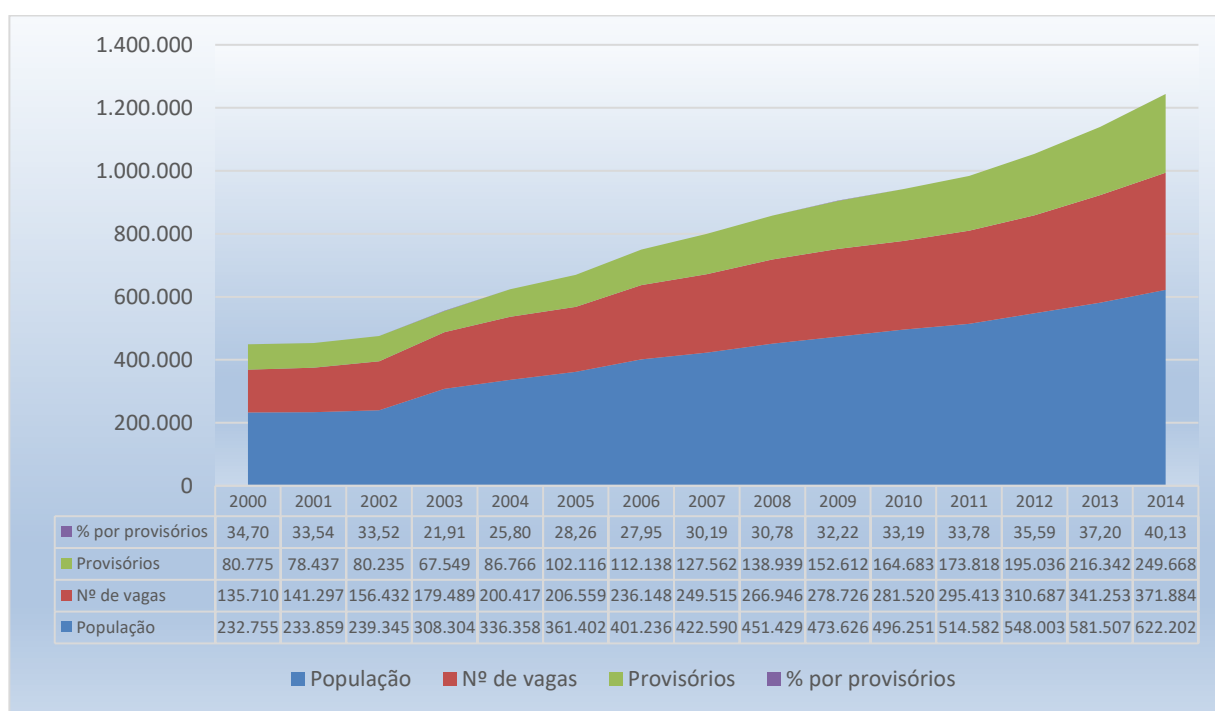
No ano 2000 a população brasileira era de aproximadamente 170 milhões de habitantes conforme dado do IBGE, e atualmente estamos com aproximadamente 207 milhões, desta forma, havendo um aumento de 82,52%.

Este aumento da população carcerária podemos apontar diversos motivos, como, aumento da criminalidade, endurecimento das leis penais. Sendo que estes dados levaram em consideração somente idades igual ou superior a 18 anos, pois no Brasil somente com esta idade podem ser sentenciados a pena de prisão.

Para custodiar uma crescente população carcerária é preciso disponibilizar um grande número de vagas, apesar de haver crescimento de vagas, ela não acompanha a velocidade do aumento da população carcerária.

Devido a superpopulação carcerária, construir novas penitenciárias não é a solução para o Sistema Penitenciário, porque uma solução seria aplicação de alternativas penais para os presos provisórios, e ampliá-las parece uma boa alternativa, porém com custos econômicos elevados para o Estado, não sendo uma solução definitiva.

Gráfico 2 - Evolução comparativa do número de pessoas no sistema prisional, número de vagas e presos provisórios



Fonte: Relatórios Estatísticos Sintéticos do Sistema Prisional Brasileiro - 2000 a 2014

Pelo Gráfico 2 - Evolução comparativa do número de pessoas no sistema prisional, número de vagas e presos provisórios, podemos verificar que os números de provisórios, 249.668 indivíduos é quase igual ao déficit de vaga do sistema, 250.318 vagas, verificamos que as mudanças nas Políticas Públicas Penitenciárias em relação aos presos provisórios podem ser uma maneira de diminuir o crescimento populacional carcerário.

Foram inúmeros motivos que levaram os Sistema Penitenciário chegar a precariedade, como o total abandono do Poder Público e conseqüentemente a falta de investimento, sendo que no Brasil houve o crescimento descontrolado da população carcerária.

Estes dados só nos confirmam a realidade do sistema prisional, pois com a superlotação, evidencia que os direitos fundamentais dos detentos não estão sendo respeitados, conforme preceitua o artigo 5.º, XLIX, da Constituição Federal, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Vale lembrar o que diz a Lei de Execução Penal no artigo 88, parágrafo único, segundo o qual,

O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único – São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6 m² (seis metros quadrados). Sendo assim, essa superlotação viola efetivamente as normas e princípios constitucionais no que diz respeito aos detentos, e, conseqüentemente, além da pena que estes terão que cumprir, haverá ainda uma “sobrepena”, uma vez que os mesmos sofrerão com esse desrespeito por todo o período em que ficarão encarcerados.

Desta forma, fica evidente que o Sistema Penitenciário sofre com a quantidade de presos, e as penitenciárias acabam funcionando como verdadeiras escolas do crime, pois como os presos ficam com muito tempo ociosos, assim eles acabam investindo na sua especialização de crimes, porém sendo totalmente desvantajoso para o Estado e para a sociedade, porque um preso ocioso torna-se dispendioso e inútil tanto para o Estado quanto para sociedade.

7. Privatização das penitenciárias: problema ou solução?

Ao tratarmos de assuntos tão complexos como da privatização dos estabelecimentos prisionais brasileiros, é quase que impossível se chegar uma conclusão que agrade a todos, tendo em vista ser um assunto polêmico, logo devemos analisar os pontos positivos e os pontos negativos que essa escolha feita pelo Estado nos traz como conseqüências.

O Estado por muito tempo não deu a devida atenção ao sistema penitenciário, sendo que a Crise Penitenciária existe não pela falta de leis ou regulamentos, mas pelo descumprimento reiterado delas, e como conseqüência desse desprezo temos um sistema em crise, sucateado, em colapso, com inúmeros problemas que chegam a ser praticamente impossível resolvê-los.

Diante de toda essa problemática existente no sistema penitenciário brasileiro foi que o Estado decidiu por entregar a um particular a administração carcerária para que esse pudesse solucionar ou ao menos amenizar o sofrimento vivido pelos detentos.

Contudo, percebe-se que essa privatização não solucionará a crise existente, visto que é apenas uma solução paliativa, temporária, vez que o Estado apenas está preocupado em demonstrar para a sociedade soluções imediatistas, preocupando-se em solucionar consequências sem querer solucionar o nascedouro do problema, como investir na ressocialização do egresso.

Dessa forma, comportando-se o Estado sem se importar em ressocializar o preso, vivemos em um ciclo interminável, em que o detento é condenado cumpre sua pena e posteriormente é devolvido a sociedade, por sua vez, após retornar para a sociedade sente dificuldades para sustentar a sua família, voltará a cometer crimes posto que a sociedade dificilmente lhe dará a oportunidade de trabalhar.

Observamos que mesmo a privatização não sendo a solução definitiva da crise carcerária, podemos observar muitos pontos positivos assim como pontos negativos, que refletirá na vida dos presos.

Como ponto positivo podemos citar a infraestrutura, visto que possuem celas adequadas, quadra de esporte, sala para estudo, sala para trabalhar, dentre outros, neste ambiente há saúde, educação, assistência jurídica, médica, odontológica, os direitos constitucionais dos presos são respeitados, perdendo apenas com a pena privativa de liberdade o seu direito de ir e vir.

Outro ponto que podemos abordar é que as Penitenciárias Privadas adotam programas de ressocialização, para quando o recluso retornar a sociedade sentir-se preparado para essa nova realidade, pois é inevitável sentir o impacto desta nova realidade. Além que a empresa privada deve ser contratada pelo processo licitatório, desta forma, poderá escolher as melhores empresas para administrar a penitenciária, segundo Luiz Flávio Borges D'Urso, "a gestão privada tende a ser mais ágil e eficiente"

Como ponto negativo podemos citar a lucratividade do empresário, visto que ao investir em uma área tão complexa como esta, enxergou que ali poderia obter um retorno vantajoso, passando a ver o preso como objeto de lucro, sendo inadmissível o Estado permitir que empresas privadas vivam do tormento e do sofrimento alheio, importando-se somente com o lucro.

Outro ponto negativo, é a transferência do direito de punir para uma empresa privada, contudo o Estado é o único detentor do monopólio da força física, não podendo transferir a uma empresa privada a prerrogativa de punir um cidadão.

Se for cedido o direito de punição para o setor privado, então tudo mais poderá ser cedido em nome do lucro do capital de algumas empresas, pois abrirá prerrogativas para tal. Sendo que o Estado deverá cumprir a sua responsabilidade de dar possibilidade de o apenado cumprir a sua pena de forma digna, o Estado não poderá ser omissor nestas questões penitenciárias.

Conclusão

Conforme as explanações, ficou demonstrado que a atual situação do sistema penitenciário brasileiro é caótica. Atualmente os presídios brasileiros não passam de universidade do crime, sendo que a questão da ressocialização nunca alcançou seu objetivo, não passando de uma mera utopia.

O interno que adentra no atual sistema prisional, ao sair, e manter novamente o convívio em sociedade, o faz de forma mais revoltada e agressiva, pois quer descontar toda a raiva e indignação que sofreu lá dentro, pois as penitenciárias não passam de depósitos humanos, devido a superlotação, encontrando facções criminosas, drogas, transmissão de doenças, assim, ao sair adquire mais experiências em crimes, devido ao que aprendeu lá dentro.

Porém a adoção do PPP em presídios já é uma realidade, no qual, o poder público fica com a gestão dos presídios e com a execução das penas e/ou das medidas de segurança, proporcionando segurança interna e externa ao sistema penitenciário.

Contudo, a parceria entre o Estado e a iniciativa privada, não poderá ser vista como a única alternativa para solucionar a crise carcerária, uma vez que já ficou evidente que existem poucos estudos mais aprofundados nos quais possam embasar de uma forma mais científica esta problemática, para assim, as especulações e comparações com outros países não sejam mais feitas, porque as peculiaridades brasileiras e o nosso Sistema Penitenciário são bastante diferentes da realidade de outros países, podendo ser perigoso importar ideias que atualmente já são consideradas ultrapassadas.

Precisamos nos preocuparmos em investimentos a longo prazo, onde de fato nos trará uma solução definitiva, porém é necessário fazer investimentos em Pesquisas e Desenvolvimento (P&D) para alcançar a resposta mais clara possível, porém, a única coisa que não podemos esquecer até lá é que sempre deve ser preservada a Dignidade da Pessoa Humana.

Referências Bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado** / Marcelo Alexandrino, Vicente de Paulo. – 23. ed. rev., atual., e amp., - Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BENTHAM, Jeremy. **O panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. – 2.ed. – São Paulo: Saraiva, 2001.

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. – 2.ed. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

DONAHUE, John D. **Privatização, fins públicos, meios privados**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.

D'URSO, LUIS FLÁVIO BORGES. **Revista Jurídica Consulex**. Ano XVII – n. 395 – 1 julho de 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. – 41.ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Trad. Paolo Capitanio. – 2. Ed. – Campinas: Bookseller, 1999.

FILHO, Marcos Jordão Teixeira do Amaral. **Privatização no Estado contemporâneo**. São Paulo: ícone, 1996.

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. **Espaço urbano e criminalidade**: lições da escola de Chicago. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

GALVÃO, ANDERSON CÉSAR. **A Privatização do sistema prisional brasileiro**. Manaus: Universidade Federal do Amazonas, 2009.

GRECO, Rogério. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas, 2. ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. – 16. Ed. – Rio de Janeiro, Impetus, 2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KUEHNE, Maurício. **Privatização dos presídios**: algumas reflexões. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, n. 14, p. 127-132, jul./dez. 2000.

LEAL, César Barros. **Prisão, crepúsculo de uma era**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAURÍCIO, Célia Regina Nilander. **A privatização do sistema prisional**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2011.

MINHOTO, Laurindo. *Privatização de presídios e criminalidade*: A gestão da violência no capitalismo. São Paulo: Max Limonad, 2000.

OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

ROSAL BLASCO, Bernardo del. **La privatización de las prisiones**: una huida hacia la pena de priziación de libertad. Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, n.12 ext., p. 115 – 132, 1998.

ROSSEAU, J.J. **O contrato social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SILVA MATTOS. J. **Da Reforma penitenciária**: passado e presente. Lisboa: Sousa Neves, 1985.

Vade Mecum Compacto/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

VELÁSQUEZ, Kenya Margarita Espinoza; CATAÑEDA, Milagro Mengana. **Crisis carcerária y privatización de las prisiones en la modernidade**. Ciudad de la Habana: Universidadde las Tunas, Ministerio de Educacion Superior, 2007.