

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 352.

(ano VII)

(25/05 /2015)

ISSN - 1984-0454



**Conteúdo
Jurídico**
www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

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

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

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



25/05/2015 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [Ato infracional e Conduta Moralmente Reprovável](#)

ARTIGOS

25/05/2015 Fernando Barretto Girão

» [Responsabilidade da pessoa jurídica após o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente](#)

25/05/2015 Ana Claudia Manikowski Annes

» [Limites ao Poder Constituinte Derivado Reformador](#)

25/05/2015 Rosemary Gonçalves Martins

» [Hierarquia normativa do tratado de Roma do Tribunal Penal Internacional diante da Constituição da República Federativa do Brasil](#)

25/05/2015 Ari de Araujo Abreu Filho

» [Comentários ao posicionamento do STF sobre a \(in\)constitucionalidade da ação penal pública e incondicionada na Lei Maria da Penha](#)

25/05/2015 Lorrane Fernandes de Sena

» [Mulheres e o Poder: compreendendo a dinâmica da dominação](#)

25/05/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Singelos Comentários ao Estatuto dos Museus: Painel advindo da Lei nº 11.904/2009](#)

ATO INFRACIONAL E CONDUTA MORALMENTE REPROVÁVEL

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL: Defensor
Público do Estado do Espírito Santo.

Advirto ao leitor, o assunto deste pequeno apontamento raramente será encontrado nos manuais e cursos de Direito. Trata-se de um lado sombrio e macabro das desventuras vivenciadas por juízes de direito, promotores de justiça e defensores públicos titulares das varas da infância e da juventude com atribuição para processo e julgamento de adolescentes em conflito com a lei penal.

Tradicionalmente, para apuração do executor do ato infracional nosso Direito se situa, regra geral, entre as figuras do autor, coautor e partícipe do delito. Uma vez identificados todos responderão pelo ato ilícito e, ao final, levando-se em consideração uma diversidade de outros elementos do processo, será aplicada a melhor e mais adequada medida socioeducativa para cada adolescente. Ainda, temos as figuras da autoria colateral e as concausas diversas que, de toda sorte, também não isentarão seu agente da ação socioeducativa.

Acontece que, não raras vezes, nos deparamos com a atípica conduta moralmente reprovável do adolescente representado. Senão vejamos: o menor A é convidado pelos menores B, C, D e E para fumar maconha e

cheirar cocaína o dia inteiro na praia. Quase no fim da tarde, B, encorajado pela droga e para “ganhar moral” entre todos, resolve matar seu desafeto F. C e D zombam de B, dizendo que o mesmo é “um fraco”, que não teria coragem de matar ninguém. A, indiferente a tudo, continua fumando seu cigarro de maconha passivamente. B se levanta, com sua arma de fogo municada escondida na cintura e, decididamente, vai ao encalço de seu inimigo de tráfico F para matá-lo, mas não sem antes convidar seus amigos A, C, D e E. C, D e E dizendo-se cansados de matar pessoas preferem continuar na praia fazendo uso de drogas, enquanto A curioso para saber como é a cena de uma pessoa morrendo a tiros resolve acompanhar B.

Vamos a outro exemplo: o menor A em sua comunidade admira os traficantes B, C, D e E, todos também menores. Na visão de A os menores B, C, D e E fazem o “maior sucesso” com as meninas do Bairro, fornecendo a estas drogas e uma vida de ostentação e sexo prematuro sem limites. A decide abandonar a Escola, contrariando seus pais e passa a andar em companhia de B, C, D e E, para tentar ganhar algum prestígio com as garotas do Bairro. Passadas algumas semanas, vislumbrado, A decide morar na boca-de-fumo de seus amigos. Passa a tirar várias fotos

nas redes sociais ostentando as drogas, as armas de fogo de grosso calibre e as diversas cédulas de cem reais de propriedade de seus amigos B, C, D e E.

Em ambos os exemplos, o mais iniciante ou inexperiente aluno do curso de Direito terá a acertada convicção de que A não cometeu crime algum. Não é autor, coautor e nem partícipe de nenhum ato infracional. Nos exemplos acima, a conduta de A, apesar de moralmente reprovável, é atípica, não encontra ressonância na lei penal (tipicidade e legalidade estritas).

Sem aderir à execução e consumação do ato infracional, A movido pela pouca idade e inexperiência de vida, deseja apenas estar em uma “vida louca”. Não deseja estar na companhia de seus pais, detesta frequentar a escola e a igreja, quer apenas uma identificação maior com a tribo que entender fazer maior sucesso na sua comunidade, que atende aos seus anseios do momento.

Por óbvio, em brevíssimo tempo, A também estará sendo autor, coautor e partícipe de diversos atos infracionais, muitos de natureza hedionda.

Mas, no processo e julgamento da ação socioeducativa não se pode embaralhar a natureza das coisas, ignorar a realidade de vida de nossas crianças e adolescentes, notadamente as da periferia. O operador do Direito insensível e apático não é convidado para as varas da infância e da juventude com competência para processo e julgamento de adolescentes em conflito com a lei penal.

É preciso ter em mente que as varas especializadas da criança e do adolescente em conflito com a lei não lida com adultos imputáveis. A regra nessas varas é encontrar jovens de 12, 14, 16 anos iniciando-se no mundo do crime, são verdadeiros estreantes.

Muitas vezes, numa operação policial rápida e inesperada, o menor poderá se encontrar na mesmíssima situação vivenciada pelo personagem A dos dois exemplos acima. Claro, terá que explicar que focinho de porco não é tomada em juízo. É a velha máxima de que quem anda com porco farelo come. Apesar de tudo, sua conduta moralmente reprovável, não constituindo crime, não autorizará a aplicação de qualquer medida socioeducativa. Nem sequer é o caso de remissão. A deve mesmo ser absolvido, sem prejuízo de se ver processado numa vara da infância e da

juventude com competência cível para aplicação da medida de proteção (e não socioeducativa!) cabível ao seu caso concreto.

Aqui, abro um parêntese. O personagem A dos exemplos é o favorito para carregar em suas costas os delitos praticados pelos outros. Se no seu interrogatório não chamar para si a responsabilidade dos crimes, delatando os verdadeiros culpados, será certamente assassinado no caminho do fórum para a sua casa. Até mesmo silenciar-se em juízo pode ser perigoso para o primário A, pois seus reincidentes amigos não querem se ver processados e condenados à provável internação de três anos. Com alguma boa chance de receber uma medida socioeducativa de meio aberto, dado não possuir passagens anteriores, deve levar consigo toda a culpa para manter-se vivo.

O domínio das máfias do tráfico de drogas e da comercialização de armas de fogo sobre as comunidades carentes, aliada à falta de qualquer política pública efetiva e concreta de inclusão e redução das desigualdades sociais, vêm recrutando todos os dias uma massa de crianças e adolescentes para o mundo da criminalidade, da luxúria e da imoralidade.

Para se compreender melhor o abismo existente entre o crime e a conduta moralmente reprovável sob o aspecto sociológico, recomendo se

assistir ao filme “Pixote, a lei do mais fraco”, um filme brasileiro de 1980, dirigido pelo festejado diretor Hector Babenco.

O ator Fernando Ramos da Silva, que interpretou o personagem-título, tempo depois do êxito do filme, voltou à sua vida de sempre, vivendo num ambiente de total miséria. Chegou a tentar seguir a carreira de ator, ingressando em famosa emissora com a ajuda de prestigiado escritor, porém, foi demitido por ser incapaz de decorar os textos, já que era semialfabetizado. Devido à influência dos irmãos, retornou à criminalidade, sendo supostamente assassinado por policiais em 1987. A rápida trajetória de Fernando foi contada pelo diretor José Joffily, em seu filme “Quem Matou Pixote?”.

O juiz jamais poderá digitar uma letra sequer do texto de sua sentença sem se colocar dentro da vida e das experiências de vida de uma criança e de um adolescente miseráveis.

O juiz da infância, pelos anos de experiência de seu ofício, deve saber exatamente dimensionar o que seja não possuir um registro civil paterno, jamais ter sido amamentado no peito pela mãe, nunca ter sido embalado e ter recebido um carinho afetuoso dos pais, ser espectador de cenas cotidianas de uso imoderado de álcool e drogas, violência

doméstica e incesto. O modo de vida do pobre de tudo e do abandonado à própria sorte, a omissão eterna do Poder Público e das elites, sempre devem servir de fundamento para as decisões judiciais, para a análise do comportamento e atitudes da pessoa humana ainda em fase de desenvolvimento em conflito com a lei.

Ato infracional ou conduta moralmente reprovável. Estejamos sempre alerta a essa nuance, por tênue que seja a diferença entre eles.

RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA APÓS O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA O SÓCIO-GERENTE

FERNANDO BARRETTO GIRÃO:
Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

RESUMO: A execução fiscal é um importante instrumento na manutenção da justiça fiscal e na proteção do interesse público. O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da pessoa jurídica que tenha praticado infrações na forma do art. 135, inciso III, do CTN, complementa o instrumento processual de combate à sonegação e fraudes tributárias. Nesse sentido, por questões de ordem lógica e jurídica, o referido redirecionamento não deve excluir a responsabilidade da pessoa jurídica beneficiada (contribuinte).

PALAVRAS-CHAVE: Execução fiscal. Responsabilidade de Terceiros Redirecionamento. Sócio-gerente. Pessoa Jurídica.

1- INTRODUÇÃO

A execução fiscal é instrumento fundamental para que o Estado consiga cumprir seu objetivo maior de proteger o interesse público, prestando serviços adequados e promovendo o bem estar da população. A arrecadação dos valores devidos pelo sujeito passivo inadimplente traz receita para os cofres públicos, promovendo a justiça fiscal.

Falar em justiça fiscal em um país com uma pesada carga tributária parece contraditório. Porém o que gera essa falta de confiança é má aplicação dos recursos arrecadados e a omissão do Poder Público na prestação de serviços adequados. Em última instância, evitar que os inadimplentes e sonegadores descumpram suas obrigações tributárias é sim trazer justiça fiscal para aqueles que são cumpridores de seus deveres.

O responsável tributário é aquele que, sem praticar o fato gerador, mas tendo uma vinculação mínima com o mesmo, possui responsabilidade pelo pagamento do crédito tributário, em decorrência de uma previsão expressa de lei.

Segundo o art. 135, III, do Código Tributário Nacional^[1], o sócio com poder de gestão que pratica atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, possui responsabilidade pessoal pelos créditos tributários devidos pela pessoa jurídica.

A partir dessa premissa é que o presente artigo jurídico visa analisar o que ocorre com a responsabilidade da pessoa jurídica após o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da mesma em razão do art. 135, III, do CTN.

Apesar da divergência doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº 1.455.490-PR^[2], com relatoria do Ministro Herman Benjamin, recentemente tratou do tema, conforme será analisado neste artigo.

2- RESPONSABILIDADE DE TERCEIROS

A sujeição passiva à obrigação tributária foi atribuída pelo sistema tributário nacional ao contribuinte ou ao responsável tributário. Segundo o art. 121 do Código Tributário Nacional (CTN), eles são isoladamente ou concomitantemente obrigados ao pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária.

Enquanto o contribuinte é aquele que pratica o fato gerador, o responsável, apesar de não praticá-lo, possui uma vinculação mínima com

o mesmo e foi definido pela lei como sujeito passivo nessa relação jurídica tributária.

O Código Tributário Nacional (CTN) regula a chamada responsabilidade de terceiros em seus arts. 134 e 135. Apesar disso, respeitável doutrina, a exemplo do professor Cláudio Carneiro[3] (2012, p.130), entende que o art. 135 trata de uma espécie de responsabilidade por infração.

Nessa espécie de responsabilidade o terceiro acaba contribuindo para o inadimplemento do tributo em razão de uma ação ou omissão. Segundo a doutrina do professor Cláudio Carneiro[4] (2012, p. 130):

Destaque-se que na responsabilidade por imputação legal, não há uma sucessão do patrimônio; há, na verdade, um inadimplemento causado pelo responsável, que por ação ou omissão contribuiu para o inadimplemento, como por exemplo, o pai que omitiu um dever legal na administração do patrimônio do filho e não pagou o valor devido;

É importante diferenciar a responsabilidade pessoal da responsabilidade subsidiária. Segundo a doutrina, nos casos de responsabilidade pessoal o contribuinte (aquele que praticou o fato gerador) é completamente excluído da posição de sujeito passivo restando apenas o responsável, enquanto que na responsabilidade subsidiária o responsável só será incomodado se o contribuinte não puder pagar o que deve ao fisco.

O art. 134 do CTN é um exemplo de responsabilidade tributária subsidiária, onde o responsável só será acionado para o pagamento caso o contribuinte não possa arcar com o mesmo. Apesar de o dispositivo legal falar em solidariedade, não resta dúvida, com base nos ensinamentos da doutrina amplamente majoritária, que o dispositivo traz uma subsidiariedade, uma vez que prevê um benefício de ordem.

Falando pela doutrina majoritária, cabe destacar as palavras de Luciano Amaro[5] (2012, pag. 330 e 331):

O Código Tributário Nacional rotula como responsabilidade solidária casos de impossibilidade de exigir o cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte. Trata-se de responsabilidade subsidiária. Anote-se que o próprio Código disse (art. 124, parágrafo único) que a solidariedade não comporta benefício de ordem (o que é óbvio); já o art. 134

claramente dispõe em contrário, o que infirma a solidariedade. Em suma, o dispositivo não cuida de responsabilidade solidária, mas subsidiária, restrita às situações em que não haja possibilidade de exigir o cumprimento da obrigação pelo próprio contribuinte.

É importante notar que segundo o parágrafo único do dispositivo citado só serão transferidas para o responsável tributário as penalidades de caráter moratório (decorrente de atraso).

Já o art. 135 do CTN trata de uma responsabilidade pessoal de terceiros por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Senão vejamos o que diz o dispositivo legal[6]:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Até certo tempo existia polêmica sobre se essa responsabilidade seria objetiva pelo mero inadimplemento tributário, ou seria subjetiva, no sentido de que o simples inadimplemento tributário não seria uma infração legal.

Tal polêmica não persiste atualmente, tendo sido pacificado que o simples não pagamento do tributo não acarreta a responsabilidade prevista no art. 135 do CTN. O STJ inclusive editou a Súmula nº 430 nesse sentido. O professor Claudio Carneiro[7] (2012, p. 137) esclarece o tema:

Atualmente a matéria restou pacificada no sentido de que o mero inadimplemento não constitui infração tributária que justifique a inclusão do sócio administrador, na forma do art. 135, III, do CTN.

Outro tema também pacificado em súmula do STJ foi se a dissolução irregular da sociedade empresária acarretaria legítima a responsabilidade de seu sócio-gerente. A Súmula 435[8] previu o seguinte:

STJ Súmula nº 435 - 14/04/2010 - DJe 13/05/2010
Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem

comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

3- RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA APÓS O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL PARA O SÓCIO-GERENTE

Uma questão que ainda hoje gera interessantes debates tanto na doutrina como na jurisprudência é o sentido e alcance da expressão “pessoal” presente no art. 135 do CTN. Ou seja, o fato do texto normativo tratar a responsabilidade como pessoal significaria ser ela exclusiva ou seria ela solidária?

Caso se entenda que a responsabilidade tributária prevista dispositivo citado é realmente pessoal, a responsabilidade de pagamento pelo contribuinte pessoa jurídica estaria excluída, restando ao fisco, após o redirecionamento, a cobrança ao sócio-gerente responsável. Sobre esse tema, a doutrina diverge.

Para uma primeira orientação doutrinária, o art. 135 do CTN seria exemplo de uma responsabilidade pessoal exclusiva. Sendo assim, no caso do inciso III, a pessoa jurídica seria excluída da relação jurídica, restando apenas a responsabilidade dos seus diretores, gerentes ou representantes que agiram com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

O professor Eduardo Sabbag^[9] (2013, p. 872) é apenas um dos doutrinadores que entendem no sentido dessa primeira corrente. Vejamos:

Em geral, o contribuinte aqui é vítima de atos abusivos, ilegais ou não autorizados, cometidos por aqueles que o representam, razão pela qual se procura responsabilizar pessoalmente tais representantes, ficando o contribuinte, em princípio, afastado da relação obrigacional. De fato, no art. 135 do CTN, a responsabilidade se pessoaliza, ou seja, torna-se plena, rechaçando o benefício de ordem e fazendo com que o ônus não recaia sobre o contribuinte, mas, pessoalmente, sobre o responsável citado quando houver (I) excesso de poderes ou (II) infração da lei, contrato social ou estatutos.

Já uma segunda orientação doutrinária entende que na verdade o dispositivo analisado trata de uma responsabilidade solidária entre a pessoa jurídica e o responsável. Justamente por ser solidária, mas sem

deixar de ser pessoal, a pessoa jurídica possuiria direito à ação de regresso contra o responsável que agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Sobre esse assunto o professor Cláudio Carneiro^[10] (2012, p. 137) entende justamente nesse sentido:

Assim, podemos dizer que o art. 135 trata de uma responsabilidade subjetiva. Resta a análise da expressão “pessoal”, pois essa infração deve estar relacionada com o tributo devido. Dúvida surge se essa pessoalidade deva assumir um caráter de solidariedade com a sociedade ou de subsidiariedade. Posicionamos no sentido de que o melhor entendimento seria no sentido da solidariedade.

Carneiro^[11] (2012, p. 138) também explica que um terceiro entendimento surgiu com força especialmente na jurisprudência no sentido de que “só vai haver responsabilidade exclusiva se a sociedade não auferiu vantagem com a infração, caso contrário ela será solidária”.

Contudo, em recente julgado, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no REsp nº 1.455.490-PR^[12], sob a relatoria do Ministro Herman Benjamin, consolidou o entendimento de que mesmo com o redirecionamento da execução fiscal com base no art. 135 do CTN, a fim de atingir o sócio-gerente, a pessoa jurídica (contribuinte) continua solidariamente responsável.

Sendo assim, a 2ª Turma do STJ se filiou à segunda corrente apresentada, no sentido de que a responsabilidade tributária do sócio-gerente na forma do art. 135, III, do CTN, é solidária, a despeito de o texto normativo denominá-la de pessoal. Segundo o voto do ministro relator, não é possível que seja feita para o caso uma interpretação literal do dispositivo legal, pelo risco de concluir-se pela exclusão da pessoa jurídica do polo passivo da execução fiscal, violando toda a lógica do sistema de cobrança dos créditos tributários.

Tratando do caso de dissolução irregular de sociedade empresária que gerou o redirecionamento da execução fiscal para os sócios-gerentes, na forma da Súmula 435 do STJ, o julgado conclui que mesmo considerando-se a responsabilidade pessoal pela literalidade do dispositivo legal não é possível excluir a sociedade do polo passivo da demanda.

Caso a pessoa jurídica dissolvida irregularmente fosse excluída da execução fiscal, ela estaria se beneficiando do ato ilícito praticado pelo

sócio-gerente, pois com a exclusão estaria livre para conseguir a Certidão Negativa de Débito e, conseqüentemente, a baixa definitiva de seus atos constitutivos, apesar do inadimplemento.

Conforme explicado didaticamente pelo Ministro Relator no citado julgado, as causas que deram origem à cobrança através da execução fiscal contra a pessoa jurídica e contra o sócio-gerente são distintas. A pessoa jurídica responde em razão de obrigação tributária não paga, o que a tornou inadimplente. Já o sócio-gerente responde pela prática de ato ilícito, na forma do art. 135, III, do CTN, que não se confunde com mero inadimplemento, na forma da Súmula 430 do STJ.

Dessa forma, nada no ordenamento jurídico conduz a ideia de que a prática de ato ilícito pelo sócio-gerente (a exemplo da dissolução irregular) leva ao afastamento da inadimplência ou à anulação do crédito tributário devidamente constituído.

Sendo assim, segundo o entendimento de parte da doutrina e do STJ, no caso de redirecionamento da execução fiscal na forma do art. 135, III, do CTN, a pessoa jurídica contribuinte e o sócio-gerente responsável devem dividir o polo passivo da demanda em litisconsórcio.

4- CONCLUSÃO

O redirecionamento da execução fiscal a fim de atingir o sócio-gerente que praticou atos de infração à lei, contrato social ou estatuto é importante instrumento no combate à fraude tributária.

Além de objetivar ressarcir os cofres públicos, o redirecionamento acaba tendo um coercitivo, desencorajando que os administradores da pessoa jurídica pratiquem atos com excesso de poderes ou ilegais.

Para que a lógica do sistema de responsabilidade tributária e de cobrança judicial do crédito tributário seja mantida o art. 135 do CTN não pode ser interpretado literalmente. A despeito da previsão de que a responsabilidade prevista nesse artigo seria pessoal, tal responsabilidade deve ser considerada solidária entre a pessoa jurídica (contribuinte) e sócio-gerente infrator (responsável).

Dessa forma, a pessoa jurídica não é excluída da execução fiscal com o redirecionamento, ocorrendo, ao contrário, uma cumulação subjetiva em regime de litisconsórcio passivo, respondendo tanto o sócio-gerente como a pessoa jurídica, sendo este o entendimento da melhor doutrina, já consolidado perante o STJ.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 14ª edição. São Paulo: Rideel, 2012.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**. 2ª Turma. Recurso Especial nº 1.455.490-PR. Rel. Ministro Herman Benjamin. Decisão Unânime. Julgado em 26/08/2014.

CARNEIRO, Cláudio. **Processo Tributário: (administrativo e judicial)**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

NOTAS:

[1] BRASIL, *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 14ª edição. São Paulo: Rideel, 2012, p. 590.

[2] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). 2ª Turma. Recurso Especial nº 1.455.490-PR. Rel. Ministro Herman Benjamin. Decisão Unânime. Julgado em 26/08/2014

[3] CARNEIRO, Cláudio. *Processo Tributário: (administrativo e judicial)*, 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 130.

[4] Idem.

[5] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*, 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 330 e 331.

[6] Idem.

[7] CARNEIRO, Cláudio. *op. cit.*, p. 137.

[8] BRASIL, *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. *op. cit.*, p. 1958.

[9] SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 872.

[10] CARNEIRO, Cláudio. *op. cit.*, p. 137.

[11] *Ibidem*, p.138.

[12] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). 2ª Turma. Recurso Especial nº 1.455.490-PR. Rel. Ministro Herman Benjamin. Decisão Unânime. Julgado em 26/08/2014.

LIMITES AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR

ANA CLAUDIA MANIKOWSKI ANNES: Técnico Judiciário da Justiça Federal de Primeira Instância; graduada pela Faculdade Novo Ateneu de Guarapuava; pós-graduada em Direito Constitucional pela UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA; pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera - UNIDERP.

RESUMO: Este trabalho pretende traçar, sinteticamente, quais são os limites fixados pelo Poder Constituinte Originário, criador da Constituição Federal, ao Poder Constituído ou Constituinte Derivado ao elaborar emendas constitucionais, conceituando e fazendo um breve estudo sobre os limites formais, circunstanciais, temporais e materiais. Propõe-se, ainda, a analisar a problemática da inconstitucionalidade das emendas à Constituição Federal quando os limites ao Poder Constituinte Derivado Reformador são extrapolados, agregando exemplos de casos já enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, corte máxima do Poder Judiciário competente por declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos federais.

Palavras-chave: Direito constitucional. Poder Constituinte Originário. Limites ao Poder Constituinte Derivado Reformador. Inconstitucionalidades.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito pressupõe que o ordenamento jurídico tenha sido instituído mediante promulgação de um texto constitucional, por uma Assembleia Nacional Constituinte.

Tal Constituinte possui o poder soberano de instituir uma ordem jurídica ilimitada, de modo a invalidar, revogar toda a ordem anterior, podendo, se assim entender, adotar algumas normas vigentes anteriormente.

Ocorre que a sociedade está em constante mutação, sendo foco de um sem número de relações jurídicas cujo rol é praticamente impossível de se enumerar. Essa inconstância decorre dos avanços tecnológicos, da evolução dos conceitos sociais e morais.

Por essa razão, não é recomendável que o texto constitucional promulgado seja imutável e alheio a essas transformações que se passam na sociedade.

Assim, era preciso que o Poder Constituinte Originário, representado pela Assembleia Nacional Constituinte encontrasse uma forma de reformar a Constituição, revisando-a ou emendando-a, a fim de adequá-la às realidades em constante mudança.

Por isso, a Constituição Federal previu expressamente a possibilidade de revisão e emenda, nos artigos 60 e parágrafos.

À tarefa de emendar a Constituição Federal, alterando seu texto, dá-se o nome de Poder Constituinte Derivado Reformador. Tal Poder, ao contrário do Poder Constituinte Originário, encontra seus limites na própria Constituição Federal.

Estudar os limites do Poder Constituinte Derivado Reformador tem grande valia para o direito constitucional, sobretudo no tema controle de constitucionalidade. Isso porque a não observância das limitações impostas na Carta Magna para o exercício da emenda a torna inconstitucional:

Afigura-se-nos porém que a questão se atenuará desde que consagramos, com o necessário rigor, a distinção entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado, conforme temos seguido e observado. O primeiro, entendido como um poder político fora da Constituição e acima desta, de exercício excepcional, reservado a horas cruciais no destino de cada povo ou na vida das instituições; o segundo como poder jurídico, um poder menor, de exercício normal, achando-se contido juridicamente na Constituição e sendo de natureza limitado. Não poderá ele sobrepor-se assim ao texto constitucional. É óbvio pois que a reforma da Constituição nessa última hipótese só se fará segundo os moldes estabelecidos pelo próprio figurino constitucional; o constituinte que transpuser os limites expressos e tácitos de seu poder de reforma estaria usurpando competência ou praticando ato de subversão e infidelidade aos mandamentos constitucionais, desferindo, em

suma, verdadeiro golpe de Estado contra a ordem constitucional.[\[1\]](#)

Fixadas essas premissas, passo a tecer considerações sobre o Poder Constituinte Originário e sobre o Poder Constituinte Derivado Reformador e, a seguir, avanço no estudo dos limites impostos a este último.

1 PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O Poder Constituinte Originário é o poder soberano e ilimitado que tem como tarefa a de instaurar uma nova ordem jurídica, redigindo a Constituição. Tem como razão de ser a pessoa humana, a quem confere a titularidade de todo Poder. Alexandre de Moraes é quem estabelece excelente conceito para a teoria do Poder Constituinte Originário, esclarecendo que pode também ser chamado Poder Constituinte de Primeiro Grau[\[2\]](#):

O Poder Constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior.

A noção de Poder Constituinte Originário surgiu no Século XVIII, com a decadência das monarquias. Desde então, a humanidade, inspirada no Iluminismo, deixou de atribuir a Deus toda a fonte de poder, atribuindo sua legitimidade ao próprio homem, ser capaz de entender suas necessidades e direitos, e declará-los em um texto legal com força coercitiva. Assim, o homem não mais precisava da força divina para buscar suas garantias, podendo ele mesmo enumerá-las, sendo, portanto, o novo titular do poder. A esse respeito a explicação de Paulo Bonavides[\[3\]](#):

A teoria do poder constituinte é basicamente uma teoria da legitimidade do poder. Surge quando uma nova forma de poder, contida nos conceitos de soberania nacional e soberania popular, faz sua aparição histórica e revolucionária em fins do Século XVIII.

Esse poder novo, oposto ao poder decadente e absoluto das monarquias de direito divino, invoca a razão humana ao mesmo passo que substitui Deus pela Nação como titular da soberania. Nasce assim a teoria do poder constituinte, legitimando uma nova titularidade do Poder soberano e conferindo expressão jurídica aos conceitos de soberania nacional e soberania popular.

Esse mesmo autor adverte que o Poder Constituinte Originário é uma realidade que sempre existiu, pois cada vez que se erigia um poder em uma determinada nação, instaurando uma nova ordem jurídica, este era, na verdade, a manifestação do Poder Constituinte Originário^[4]. Porém, o que realmente surgiu no Século XVIII foi a teoria deste Poder, a concepção do que vem ele a ser, representando um marco valioso para a história do direito:

Poder constituinte sempre houve em toda sociedade política. Uma teorização desse poder para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII, por obra da sua reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento mecanicista anti-historicista e antiautoritário do racionalismo francês, com sua concepção de sociedade. (...)

A teoria do poder constituinte teve para a concepção revolucionária a mesma força que a doutrina da soberania para a implantação das realidades absolutas. Convém advertir, desde logo, que o poder constituinte e a sua teoria são coisas distintas conforme acima já assinalamos. Poder constituinte sempre houve, porque jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização. O que nem sempre houve, porém, foi uma teoria desse poder, cuja aparição configura um traço de todo original, ou seja, uma peculiaridade digna talvez de justificar o pasmo e a vaidade do orador constituinte, ao formulá-la em fins do século XVIII.

Diz-se que o Poder Constituinte Originário é soberano porque, na ordem internacional, não deve obediência a qualquer outra pessoa jurídica internacional. E é ilimitado, porque na ordem interna não está limitado por nenhuma ordem jurídica. É que, como visto acima, é ele próprio quem instaura um novo ordenamento de direito, fazendo surgir uma nova Constituição, um novo Estado de Direito. Guilherme Peña de Moraes traz ainda outras denominações para as características inerentes ao Poder Constituinte Originário:[\[5\]](#)

O poder de elaboração da Constituição da República é caracterizado como inicial, ilimitado e incondicionado.

Por inicialidade, deve ser entendido que o poder constituinte originário inaugura um novo ordenamento jurídico, porquanto as normas constitucionais consistem em fundamento de validade, comum e direto, das normas legais, de sorte que a Constituição deflagra o processo de produção do Direito Positivo.

Por ilimitação, deve ser entendido que o poder constituinte originário não é submetido a restrições prescritas pelo Direito Positivo.

Por incondicionamento, deve ser entendido que o poder constituinte originário não é sujeito a formas e modos de exteriorização previstas pelo Direito Positivo.

Merecem destaque, ainda, as explanações de Alexandre de Moraes[\[6\]](#) sobre as características do Poder Constituinte Originário:

O Poder Constituinte caracteriza-se por ser inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado.

O Poder Constituinte é inicial, pois sua obra – a Constituição – é a base da ordem jurídica.

O Poder Constituinte é ilimitado e autônomo, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor.

O Poder Constituinte também é incondicionado, pois não está sujeito a qualquer forma prefixada para

manifestar sua vontade; não tem ele que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.

Por fim, a posição de José Joaquim Gomes Canotilho^[7]:

O poder constituinte, na teoria de SIEYÉS, seria um poder inicial, autónomo e onipotente. É inicial porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do soberano (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder autónomo: a ele e só a ele com-pete decidir se, como e quando, deve "dar-se" uma constituição à Nação. É um poder onipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo.

Segundo Paulo Bonavides, o Poder Constituinte Originário tem como corolário o surgimento das constituições rígidas. Isso é assim porque ele inaugura uma Constituição, que tem por finalidade precípua a organização do Estado. No próprio texto constitucional, fica delineada a forma como este pode ser alterado, onde pode ser alterado, quando e em que circunstâncias pode ser alterado. Por isso, é quando o Poder Constituinte Originário se manifesta, impondo limites à reforma (ao Poder Constituinte Derivado Reformador) que surge a rigidez constitucional e a necessidade de um controle de constitucionalidade, a fim de que os limites sejam observados e de que seja protegida a ordem constitucional vigente:

Poder essencialmente soberano, o poder constituinte, ao teorizar-se, marca com toda a expressão e força a metamorfose do poder, que por ele alcança a máxima institucionalização ou despersonalização. (...)

Assinala o historiador do poder constituinte que, ao elaborar a Constituição, faz o poder constituinte ato mediante o qual a personalidade do Estado se autodetermina, ou segundo expressão já empregada por Lorenz von Stein "toma inteira consciência de seu próprio ser". Mas onde Zweig diz o Estado – preso a

um preconceito semântico em voga nas letras jurídicas da Alemanha – nós diremos o povo e a nação, órgãos de vontade que exprimem a soberania e fazem legítimo o exercício do poder.

A teoria do poder constituinte empresta dimensão jurídica às instituições produzidas pela razão humana. Como teoria jurídica, prende-se indissociavelmente ao conceito formal de Constituição, separa o poder constituinte dos poderes constituídos, torna-se ponto de partida e matriz de toda a obra levantada pelo constitucionalismo de fins do século XVIII e primeira metade do século passado, assinala enfim o advento das Constituições rígidas^[8].

Alexandre de Moraes acrescenta^[9]:

A idéia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico de uma Constituição superior ao restante do ordenamento jurídico e que, em regra, não poderá ser modificada pelos poderes constituídos. É, pois, esse Poder Constituinte, distinto, anterior e fonte da autoridade dos poderes constituídos, com eles não se confundindo.

Como visto acima, no estudo do conceito de Poder Constituinte Originário por Alexandre de Moraes, *tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior*. Cumpre, pois, estudar, quais os efeitos da promulgação ou outorga de uma nova Constituição sobre a ordem constitucional e legal vigentes.

Quanto aos efeitos do Poder Constituinte Originário sobre a ordem constitucional anterior, Guilherme Peña de Moraes^[10] ensina que tal implica na integral revogação da Constituição anterior, já que a matéria é totalmente regulada pela nova Lei Maior:

O exercício do poder constituinte originário implica na revogação de todas as normas jurídicas inseridas na Constituição anterior, ainda que algumas sejam materialmente compatíveis com as normas jurídicas insertadas na Constituição posterior, eis que

esta regula inteiramente a matéria de que tratava aquela. Nesta ordem de idéias, José de Oliveira Ascensão ratifica que “a revogação operada por uma Constituição é uma revogação global. A pretensão de toda a Constituição é a de compendiar exhaustivamente o Direito Constitucional do país, não podendo portanto admitir a concorrência de uma Constituição anterior”.

Explica esse mesmo autor que isso não se verifica no ordenamento constitucional português. Naquele Estado, há que se diferenciar as normas materialmente constitucionais daquelas formalmente constitucionais. Enquanto as primeiras seriam revogadas por uma novel Constituição, as segundas permaneceriam vigentes, porém com características de leis ordinárias, podendo por elas ser revogadas. A esse fenômeno jurídico dá-se o nome de desconstitucionalização:

Isto posto, considerando a diferenciação existente entre as normas materialmente constitucionais e normas formalmente constitucionais, porque as primeiras versam sobre matéria constitucional, ao passo que as segundas estão contidas no texto constitucional, com a finalidade de auferir maior estabilidade, a teoria da desconstitucionalização, acolhida pelo ordenamento português, porém não adotada no ordenamento brasileiro, sustenta que as normas constitucionais que não prescrevam a estrutura fundamental do Estado e sociedade, veiculadas pela Constituição antiga, conservam a sua vigência, ainda que posteriormente à edição da Constituição nova, na condição de normas legais. Assim, com o exercício do poder constituinte originário, e a conseqüente produção de uma nova Constituição, as normas materialmente constitucionais, introduzidas na Constituição anterior, seriam revogadas, enquanto que as normas formalmente constitucionais continuariam em vigor perante a Constituição

posterior, com possibilidade de serem revogadas pela legislação ordinária (...).

Esse autor, como se viu, entende que a desconstitucionalização, fenômeno jurídico pelo qual as normas constitucionais anteriores continuam em vigor com a novel Constituição, porém com *status* de lei ordinária, não encontra abrigo no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, é Pedro Lenza^[11] quem admite exceção:

Exposta a doutrina, resta indagar: o fenômeno da desconstitucionalização é verificado no Brasil? Como regra geral, não! No entanto, poderá ser percebido quando a nova Constituição, expressamente, assim o requerer, tendo em vista ser o poder constituinte originário ilimitado e autônomo, podendo tudo, inclusive prever o aludido fenômeno, mas desde que o faça, como visto, de maneira inequívoca e expressa.

O autor ainda traz um exemplo:

(...) o art. 147 da Constituição do Estado de São Paulo de 1967, nos seguintes termos: “consideram-se vigentes, com o caráter de lei ordinária, os artigos da Constituição promulgada em 9 de julho de 1947 que não contrariem esta Constituição”.

Nas normas legais, muito se tem a dizer sobre os efeitos do Poder Constituinte Originário. Porém, este não é o principal objeto deste trabalho, razão por que o tema não será aprofundado.

Para os fins propostos neste singelo estudo, basta mencionar que as normas legais compatíveis com a novel Constituição Federal serão por ela recepcionadas, e as incompatíveis, não recepcionadas.

Cumprido citar, ainda, a possibilidade de alteração no procedimento de elaboração de uma norma legal, via de regra alterando o de procedimento legislativo ordinário para complementar. As leis ordinárias vigentes até a nova Constituição serão consideradas leis complementares. É o que ocorreu com o atual Código Tributário Nacional. Veja-se ensinamento de Pedro Lenza^[12]:

O que acontecerá com as normas infraconstitucionais elaboradas antes do advento da nova Constituição?

Todas as normas que forem incompatíveis com a nova Constituição serão revogadas, por ausência de recepção. Vale dizer, a contrario sensu, a norma infraconstitucional que não contrariar a nova ordem será recepcionada, podendo, inclusive, adquirir uma nova “roupagem”. Como exemplo lembramos o CTN (Código Tributário Nacional – Lei n. 5.172/66), que, embora tenha sido elaborado com quorum de lei ordinária, foi recepcionado pela nova ordem como lei complementar, sendo que os ditames que tratam sobre matérias previstas no art. 146, I, II e III, da CF só poderão ser alterados por lei complementar.

O mesmo autor acrescenta a impossibilidade de controle de constitucionalidade das normas anteriores à Constituição por via de Ação Declaratória de Constitucionalidade ou Ação Direta de Inconstitucionalidade, em razão do princípio da contemporaneidade. Seria possível, somente, Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, consoante art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

Em razão desse princípio da contemporaneidade, uma norma legal será objeto de controle tendo como paradigma a Constituição sob a qual veio ao mundo jurídico. Nesse diapasão, também não há falar em inconstitucionalidade superveniente, pois a norma é ou não recepcionada pela nova ordem constitucional:

Pode-se afirmar, então, que, nos casos de normas infraconstitucionais produzidas antes da

nova Constituição, incompatíveis com as novas regras, não se observará qualquer situação de inconstitucionalidade, mas, apenas, como vimos, de revogação da lei anterior pela nova Constituição, por falta de recepção.

Nessa situação, acrescenta-se, inadmita-se a realização do controle de constitucionalidade via ação direta de inconstitucionalidade genérica, por falta de previsão no art. 102, I, a, da CF/88, permitindo-se, apenas, a possibilidade de se alegar que a norma não foi recepcionada. Deve-se destacar, desde já, contudo, que, apesar de não ser cabível o aluído controle e Constitucionalidade concentrado pela via ação direta de inconstitucionalidade genérica, será perfeitamente cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental, introduzida pela Lei n. 9.882, de 03.12.1999, que regulamentando o art. 102 §, 1º, da CF/88, alterou, profundamente, a sistemática de controle.

(...)

Por todo o exposto, fica claro que o STF não admite a teoria da inconstitucionalidade superveniente de ato normativo produzido antes da nova Constituição e perante o novo paradigma.

Neste caso, ou se fala em compatibilidade e aí haverá recepção, ou em revogação por inexistência de recepção.

Nesse sentido, deixa claro o STF que vigora o princípio da contemporaneidade, ou seja, uma lei só é constitucional perante o paradigma de confronto em relação ao qual ela foi produzida.

Tal entendimento foi consagrado no seguinte aresto:

E M E N T A: CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO – A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE-INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO – A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE (ADI 514/PI, REL. MIN.

CELSO DE MELLO – ADI 595/ES, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.) – DIREITO PRÉ-CONSTITUCIONAL – CÓDIGO ELEITORAL, ART. 224 – INVIABILIDADE DESSA FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. - A superveniência de uma nova Constituição não torna inconstitucionais os atos estatais a ela anteriores e que, com ela, sejam materialmente incompatíveis. Na hipótese de ocorrer tal situação, a incompatibilidade normativa superveniente resolver-se-á pelo reconhecimento de que o ato pré-constitucional acha-se revogado, expondo-se, por isso mesmo, a mero juízo negativo de recepção, cuja pronúncia, contudo, não se comporta no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade. Doutrina. Precedentes.

(ADI 4222 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 01-09-2014 PUBLIC 02-09-2014)

Resta ainda citar o fenômeno da reprivatização, também não admitido no Brasil, salvo disposição expressa. A teoria da reprivatização consiste no ressurgimento de normas revogadas caso voltem a ser compatíveis com a Constituição. O Supremo Tribunal Federal assim já decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL – Não tem razão o agravante. A recepção de lei ordinária como lei complementar pela Constituição posterior a ela só

ocorre com relação aos seus dispositivos em vigor quando da promulgação desta, não havendo que pretender-se a ocorrência de efeito repristinatório, porque o nosso sistema jurídico, salvo disposição em contrário, não admite a repristinação (art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil). Agravo a que se nega provimento. (1ª T., AGRAG 235.800/RS, rel. Min. Moreira Alves, DJ, 25.06.1999, P. 16)

Assim também o entendimento de Pedro Lenza^[13]:

Vejamos a situação: uma norma produzida na vigência da CF/46 não é recepcionada pela de 1967, pois incompatível com ela. Promulgada a CF/88, verifica-se que aquela lei, produzida na vigência da CF/46 (que fora revogada – não recepcionada – pela de 1967), em tese poderia ser recepcionada pela CF/88, visto que totalmente compatível com ela. Nessa situação, poderia aquela lei, produzida durante a CF/46, voltar a produzir efeitos? Ou seja, repristinaria? Como regra geral, o Brasil adotou a impossibilidade do fenômeno da repristinação, salvo se a ordem jurídica expressamente assim se pronunciar.

Excepcionam-se, contudo, os casos de declaração de inconstitucionalidade da lei revogadora, em que a lei revogada sofre repristinação, consoante tem entendimento de forma tranquila o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL. EMPRESA AGROINDUSTRIAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA LEI Nº 8.870/1994. REPRISTINAÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. CARÁTER INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. A declaração de inconstitucionalidade tem efeitos repristinatórios, porquanto fulmina a norma desde o seu surgimento. Ante a nulidade do dispositivo que determinava a revogação de norma precedente, torna-se

novamente aplicável a legislação anteriormente revogada. A controvérsia acerca do correto regime a ser aplicado à agravante, em razão da declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 8.870/1994, demanda o reexame da legislação infraconstitucional pertinente, providência vedada nesta fase processual. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AI 602277 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015)

Sem esgotar o tema, foram estudados o conceito, algumas características e conseqüências do Poder Constituinte Originário, responsável pela *criação* da ordem jurídica constitucional. Esse poder possui a importante tarefa de dizer a Constituição Federal, promulgá-la, com todos os seus contornos e desdobramentos, da melhor maneira possível.

2 PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR

Como é cediço, e já alertado acima, não é a melhor medida emprestar ao texto constitucional um caráter imutável, já que o direito deve estar sempre em busca de acompanhar as transformações da realidade social.

Por isso, na Constituição Federal de 1988 está expressamente prevista a alteração de seu texto, mediante procedimento específico, e observadas outras limitações. A essa competência dá-se a denominação de Poder Constituinte Derivado Reformador, que pode ser assim conceituado^[14]:

O Poder Constituinte derivado reformador, denominado por parte da doutrina de competência reformadora, consiste na possibilidade de alterar-se o texto constitucional, respeitando-se a regulamentação especial prevista na própria Constituição Federal e será exercitado por determinados órgãos com caráter representativo. No Brasil, pelo Congresso Nacional. Logicamente, só

estará presente nas Constituições rígidas e será estudado mais adiante no capítulo sobre emendas constitucionais.

Veja-se importante explanação sobre o tema:

O poder constituinte derivado reformador, chamado por alguns de competência reformadora, tem a capacidade de modificar a Constituição Federal, por meio de um procedimento específico, estabelecido pelo originário, sem que haja uma verdadeira revolução.

(...)

Pois bem, o originário permitiu a alteração de sua obra, mas obedecidos alguns limites como: quorum qualificado de 3/5, em cada Casa, em dois turnos de votação para aprovação das emendas (art. 60, § 2º), proibição de alteração da Constituição na vigência de estado de sítio, defesa, ou intervenção federal (art. 60, § 1º), um núcleo de matérias intangíveis, vale dizer, as cláusulas pétreas do art. 60, § 4º, da CF/88 etc.^[15]

Esses limites expressos na Carta Magna são, sem dúvida, a principal diferença existente entre o Poder Constituinte Originário e o Poder Constituinte Derivado Reformador, legitimado a alterar o texto constitucional:

Costuma-se distinguir o poder constituinte originário do poder constituinte constituído ou derivado.

O primeiro faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico.

O segundo se insere na Constituição, e é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional. Deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas

de uma vontade soberana, competente para alterar os fundamentos institucionais da ordem estabelecida.^[16]

O poder constituinte originário consiste em poder de elaboração da Constituição da República. Por conseguinte, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte, é produto do poder constituinte originário.

O poder constituinte derivado reformador corresponde ao poder de reforma da Constituição da República, com espeque no art. 60 CRFB, como também art. 2º ADCT. Por conclusão, as 52 (cinquenta e três) Emendas à Constituição da República, promulgadas pelas mesas da Câmara dos Deputados e Senado Federal, em 2 (dois) turnos em cada Casa do Poder Legislativo, por maioria de 3/5 (três quintos), bem como as 6 (seis) Emendas Constitucionais de Revisão à Constituição da República, promulgadas pela mesa do Congresso Nacional, em sessão unicameral, por maioria absoluta, são produtos do poder constituinte derivado reformador.^[17]

Assim, logo se vê que o Poder Constituinte Originário delegou ao órgão competente, qual seja, o legislativo da União (Congresso Nacional) a competência, o poder de alterar a Constituição. A esse respeito a doutrina:

A Constituição, como se vê, conferiu ao Congresso Nacional a competência para elaborar emendas a ela. Deu-se, assim, a um órgão constituído o poder de emendar a Constituição. Por outro lado, como esse seu poder não lhe pertence por natureza, primariamente, mas, ao contrário, deriva de outro (isto é, do poder constituinte originário), é que também se lhe reserva o nome de poder constituinte derivado, embora pareça mais acertado falar em

competência constituinte derivada ou constituinte de segundo grau.^[18]

Diferentemente do Poder Constituinte Originário, o Poder Constituinte Derivado Reformador possui limites. A doutrina denomina isso de *Limites ao Poder Constituinte Derivado Reformador*:

Discute-se, em doutrina, sobre os limites do poder de reforma constitucional. É inquestionavelmente um poder limitado, porque regrado por normas da própria Constituição que lhe impõem procedimento e modo de agir, dos quais não pode se arredar sob pena de sua obra sair viciada, ficando mesmo sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade.^[19]

Em síntese, tais poderes possuem as seguintes diferenças: o Poder Constituinte Originário cria a Constituição Federal, sendo ilimitado juridicamente, ao passo que o Poder Constituinte Derivado Reformador modifica a Constituição Federal, sendo por ela próprio limitado.

Importante mencionar que o Poder Constituinte possui ainda outros desdobramentos, que não serão objeto aprofundado do presente trabalho:

Poder Constituinte Derivado Decorrente: deriva da Constituição Federal e se consubstancia na possibilidade de os Estados-membros elegerem sua própria Constituição Estadual.

Poder Constituinte Difuso: poder de fato e informal que, em virtude das transformações sociais e jurídicas, modifica a interpretação dada a um determinado dispositivo constitucional, sem contudo alterar-lhe o texto.

Poder Constituinte Supranacional: é o poder de fato que se manifesta para dar à Constituição interpretação que se coadune com os postulados dos direitos humanos de caráter internacional, fixado no conceito de *cidadania universal, no pluralismo de ordenamentos jurídicos, na vontade de integração e em um conceito remodelado de soberania*.^[20]

Poder Constituinte Revisor: tema que será melhor abordado quando do estudo dos limites temporais ao Poder Constituinte Derivado Reformador.

Posto isso, passemos à análise de cada limite imposto ao Poder Constituinte Derivado Reformador.

3 LIMITES AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO REFORMADOR

3.1. Limites Procedimentais Formais

A reforma da Constituição Federal deve observar o devido processo legislativo especial de elaboração da emenda. Esse processo, por ser mais dificultoso do que o ordinário, caracteriza-se como um limite à alteração do texto constitucional. Em outras palavras, para que uma emenda seja aprovada, os requisitos serão mais rígidos do que os da aprovação de uma lei ordinária. Sobre os limites procedimentais ou formais, assinala a doutrina:

“Referem-se às disposições especiais, em relação ao processo legislativo ordinário, que o legislador constituinte estabeleceu para permitir a alteração da Constituição Federal”.[\[21\]](#)

Esse tipo de regramento da atuação do poder de reforma configura limitações formais, que podem ser assim sinteticamente enunciadas: o órgão do poder de reforma (ou seja, o Congresso Nacional) há de proceder nos estritos termos expressamente estatuídos na Constituição.

(...)

Toda modificação constitucional, feita com desrespeito do procedimento especial estabelecido (iniciativa, votação, quorum etc.) ou de preceito que não possa ser objeto de emenda, padecerá de vício de inconstitucionalidade formal ou material, conforme o caso, e assim ficará sujeita ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário, tal como se dá com as leis ordinárias.[\[22\]](#)

Se a forma de elaboração da emenda segue um processo legislativo especial, mais dificultoso do que o processo legislativo comum das leis ordinárias, isso significa que a nossa constituição é do tipo rígida e, por essa razão, somente existe controle de constitucionalidade nos Estados cuja constituição é do tipo rígida:

“Quando se pretende um alto grau de rigidez, acentua-se consideravelmente a distinção entre a lei ordinária e a lei

constitucional, entre o poder constituído e o poder constituinte”.[\[23\]](#)

Assim como no processo legislativo ordinário, o processo legislativo especial da emenda constitucional obedece a fases distintas que, para fins deste trabalho acadêmico, serão divididas em iniciativa, debate e discussão, votação, aprovação e promulgação.

As diferenças existentes entre o processo legislativo ordinário e o da emenda já possuem seu termo inicial na primeira fase, qual seja, na iniciativa.

É que para o processo legislativo da emenda constitucional a legitimidade é restrita às pessoas definidas no art. 60, I, II e III, da Constituição Federal:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

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

II - do Presidente da República;

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

Como se viu, a iniciativa para propositura da emenda é restrita a legitimados distintos, o que demonstra *ab initio* a rigidez do texto constitucional. Qualquer proposta de emenda iniciada por outros que não os descritos nos incisos do art. 60 da Constituição Federal será inconstitucional. Nesse sentido:

Trata-se de iniciativa privativa e concorrente para alteração da Constituição. Havendo proposta de emenda por qualquer pessoa diversa daquelas taxativamente enumeradas, estaremos diante de vício formal subjetivo, caracterizador da inconstitucionalidade.[\[24\]](#)

A iniciativa restrita, limitada ou reservada, ordinariamente inclina o sistema à rigidez, conferindo uma posição de preponderância ou privilégio ao órgão incumbido de propor ou movimentar a reforma.

(...) Mas o compromisso democrático das Constituições evolve no sentido da adoção de uma iniciativa concorrente, partilhada entre o legislativo e o executivo, ora admitindo, ora excluindo a participação do povo.^[25]

Sua tramitação tem início na Câmara dos Deputados se for proposta por 1/3 dos deputados federais ou pelo presidente, e no Senado Federal, se for proposta por 1/3 dos senadores.

A Constituição Federal se cala quanto ao início da tramitação se a emenda for proposta por mais da metade das assembleias legislativas. O Regimento Interno do Senado Federal prevê que ali se inicia, pois os senadores são os representantes dos Estados.

No Brasil, há bicameralismo federativo de equilíbrio. Ambas as casas do Congresso Nacional possuem a mesma importância. Não há diferenças entre elas na elaboração da inovação da ordem jurídica, seja em proposta de emendas, leis complementares, leis ordinárias, etc.

A proposta deve ser debatida duas vezes na Câmara dos Deputados, em dois turnos. Será aprovada se receber, em cada turno, de votação no mínimo 3/5 dos votos. Depois (ou antes, nos casos em que se inicia nesta casa), é debatida duas vezes no Senado Federal, devendo ser aprovada por no mínimo 3/5 dos votos:

Art. 60 (...)

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Não existe sanção ou veto presidencial referente a projeto de emenda constitucional, pois quem promulga a emenda constitucional são as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem, que significa quantas vezes a constituição já foi emendada:

“Art. 60 (...)

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

Se a proposta de emenda à constituição for arquivada/rejeitada em uma das casas, não poderá mais ser apresentada na mesma sessão legislativa:

Art. 60 (...)

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

Aqui não existe a exceção prevista para as leis complementares e ordinárias, pela qual o projeto de lei poderá ser oferecido na mesma sessão legislativa, desde que conte com a proposta da maioria absoluta dos membros de quaisquer das Casas do Congresso Nacional (art. 67).

Por fim, urge mencionar que emenda constitucional que não observe o processo legislativo especial acima descrito padece de vício de inconstitucionalidade. A esse respeito, vide Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, relativa à alteração do regime jurídico único para os servidores públicos:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTEVE A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO CAPUT DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO

AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE. 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente caput do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o caput desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal, ressaltando-se, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso. 4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo esgotamento do prazo estipulado para sua vigência. 5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC

19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior. 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido.

(STF; Tribunal Pleno; ADI-MC 2135/DF; Relator Min. Néri da Silveira; Relatora p/ Acórdão Min. Ellen Gracie; J. 02/08/2007; Publicação 07/03/2008)

No caso citado acima, a Emenda Constitucional deixou de obedecer ao devido processo legislativo constitucional da emenda, porque não foi aprovada em dois turnos na Câmara dos Deputados. Dessa forma, o dispositivo continuou vigendo segundo a redação antiga, sendo inconstitucional a alteração produzida.

3.2. Limites Circunstanciais

A Constituição Federal é o texto legal (*lato sensu*) mais importante existente no ordenamento jurídico. Por isso, só pode ser alterada se a sociedade estiver estável, em paz. Não pode ser alterada nos momentos de intranqüilidade, de instabilidade.

Em determinadas circunstâncias, a Constituição Federal não pode ser tocada, *em decorrência da gravidade e anormalidade institucionais*^[26]. Tais circunstâncias recebem o nome de sínopes constitucionais ou comoção intestina (interna).

As Constituições Federais do Império (1824) e de 1891 nada dispuseram acerca da alteração de seu texto na vigência de circunstâncias de instabilidade.

A medida passou a ser prevista na Constituição Federal de 1934, que dispunha no art. 178 § 4º o seguinte:

“§ 4º - Não se procederá à reforma da Constituição na vigência do estado de sítio.”

Seguiu-se a Constituição de 1937, que declarou o estado de emergência no art. 186 e, ao tratar das emendas à Constituição, foi silente quanto a limites circunstanciais.

A norma foi repetida no art. 217 § 5º da Constituição de 1946:

“§ 5º - Não se reformará a Constituição na vigência do estado de sítio.”

Também a Constituição de 1967 reproduziu a limitação circunstancial no art. 50 § 2º:

“§ 2º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio.”

A mesma redação foi mantida com a Emenda Constitucional nº 01/69, alterando-se apenas a numeração do artigo (que passou a ser art. 47 § 2º), porém foi alterada com o advento da Emenda Constitucional nº 11/78, que acrescentou à proibição de emenda a vigência do estado de emergência:

“§ 2º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio ou estado de emergência. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 11, de 1978\)](#)”

Alteração substancial no texto veio com a Constituição Federal de 1988, que passou a prever a proibição de emendas constitucionais na vigência do estado de sítio, do estado de defesa e de intervenção federal. Assim foram definidos os momentos de síncope pelo art. 60 § 1º da Constituição Federal:

“Art. 60 § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.”

Veja-se entendimento doutrinário a respeito:

Desde a Constituição de 1934, tornou-se prática corrente estatuir um tipo de limitação circunstancial ao poder de reforma, qual seja a de que não se procederá à reforma da Constituição na vigência do estado de sítio. A Constituição vigente mudou um pouco nesse particular. Veda emendas na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. Introduziu a vedação referente à intervenção federal nos Estados, que não era prevista antes (art. 60 § 1º).^[27]

Quanto aos efeitos da limitação circunstancial, Guilherme Peña de Moraes, citando Nagib Slaibi Filho (1989:190), assinala que^[28]:

Com referência às limitações circunstanciais, os decretos executivos de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio produzem efeitos a partir da sua edição, submetidos à apreciação do Poder Legislativo, na forma dos arts. 36, § 1º, 49, inc. IV, e 137, parágrafo único. Por consequência, na hipótese de tramitação de proposta de emenda no momento da decretação da intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio, dar-se-á a suspensão do processo de reforma constitucional, nos termos do art. 60, § 1º, todos da CRFB.

Atentos a essas limitações, é possível considerar ilegítima qualquer reforma constitucional que seja levada a efeito durante uma síncope institucional. Assim o entendimento de Paulo Bonavides^[29]:

Uma segunda modalidade de limitação expressa é aquela que se prende a determinadas circunstâncias históricas e excepcionais na vida de um país. Ordinariamente configuram um estado de crise que torna ilegítimo nessas ocasiões empreender qualquer reforma constitucional.

Assim, é possível concluir que proceder à emenda constitucional durante a vigência de limitações circunstanciais, torna inconstitucional dita alteração, de modo a que se declare a sua nulidade com efeitos *ex tunc*.

Não há exemplos na história constitucional do Brasil de emendas constitucionais promulgadas durante sínopes institucionais.

3.3. Limites Temporais

Algumas constituições estabelecem que o seu texto não pode ser alterado em um prazo pré-estabelecido.

Na história constitucional brasileira, apenas a Constituição de 1824 previu limitação temporal à reforma do texto constitucional. Assim dizia o art. 174 daquele texto:

Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na

Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles.

A doutrina majoritária, quase pacífica, entende que não há limite temporal na Constituição Federal de 1988:

As limitações temporais não são comumente encontráveis na história constitucional brasileira. Só a Constituição do Império estabeleceu esse tipo de limitação, visto que previra que tão-só após quatro anos de sua vigência poderia ser reformada. (...) É desnecessário lembrar que a revisão constitucional, que era prevista no art. 3º das Disposições Transitórias da Constituição de 1988, não revelava limitação temporal, a qual, aliás, se esgotou com a malfeita revisão empreendida e concluída com apenas seis modificações no texto constitucional. Não cabe mais falar em revisão constitucional. A revisão terminou e não há como revivê-la legitimamente. Agora só existe o processo das emendas do art. 60.^[30]

As limitações temporais, na história constitucional brasileira, foram previstas apenas na Constituição do Império, de 1824, não se verificando nas que se seguiram. Trata-se de previsão de prazo durante o qual fica vedada qualquer alteração da Constituição. O exemplo único é o art. 174 da citada Constituição Política do Império, que permitia a reforma da Constituição somente após 4 anos de sua vigência.

Assim, não há limitação expressa temporal prevista na CF/88. Convém lembrar que a regra do art. 3º do ADCT (poder constituinte derivado revisor), que determinou a revisão constitucional após 5 anos contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral, não configurou qualquer limitação temporal ao poder de reforma, mas apenas a previsão de prazo para a malfeita

revisão constitucional já esgotada. Durante esse período de pelo menos 5 anos, como se sabe, a Constituição, observados os limites já expostos, poderia, como o foi (vide ECs ns. 1 a 4), ser reformada por emendas constitucionais, através da manifestação do poder constituinte derivado reformador.^[31]

As limitações temporais impedem a reforma constitucional durante certo intervalo de tempo. A respeito, a Constituição da República não preceitua nenhuma limitação temporal, tendo, unicamente, a Constituição do Império, no art. 174, prescrito a inadmissibilidade de reforma constitucional durante os 4 (quatro) anos seguintes à sua outorga.^[32]

Como se vê, o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não é considerado pela doutrina um limite temporal ao poder constituinte derivado reformador. Assim prevê tal dispositivo:

“Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”

Vejamos o porquê. Aqui há que se traçar as diferenças entre revisão e reforma:

O Poder Constituinte Derivado Reformador se manifesta por meio de reforma ou de revisão. Este último pode ser também conceituado como Poder Constituinte Derivado Revisor.

Revisão é a modificação total da constituição para adequar-lhe às transformações sociais. A reforma, por meio de emenda, é modificação pontual da Constituição Federal, tais como Reforma da Previdência, Reforma do Judiciário – todas feitas por meio de emendas.

Na revisão, o processo legislativo é mais facilitado, sendo necessário o voto da maioria absoluta do Congresso Nacional, em sessão unicameral, conforme art. 3º do ADCT. Na reforma via emenda o processo é bem mais rígido, como estudado no capítulo referente ao limite procedimental formal.

Ao contrário do Poder Constituinte Derivado Reformador, o Revisor se exauriu uma vez exercida a competência de revisão que lhe foi atribuída, não sendo mais possível nova revisão. Assim a doutrina:

O poder constituinte derivado revisor, assim como o reformador e o decorrente, é fruto do trabalho de criação do originário, estando, portanto, a ele vinculado. É, ainda, um “poder” condicionado e limitado às regras instituídas pelo originário, sendo, assim, um poder jurídico.

(...)

O art. 3º do ADCT determinou que a revisão constitucional seria realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Pois bem, o que se percebeu foi o estabelecimento de uma competência de revisão para “atualizar” e adequar a Constituição às realidades que a sociedade apontasse como necessárias.

(...)

No ordenamento jurídico pátrio, a competência revisional do art. 3º do ADCT proporcionou a elaboração de meras 6 Emendas Constitucionais de Revisão (n. 1, de 1º.03.1994 – DOU, 02.03.1994 – e as de ns. 2 a 6, de 07.06.1994, publicadas no DOU em 09.06.1994), não sendo mais possível nova manifestação do poder constituinte derivado revisor em razão da eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada da aludida regra.^[33]

O art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previa um procedimento diferenciado para alteração da constituição, através de revisão, que iniciar-se-ia após cinco anos, contados da promulgação da constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. A revisão encerrou-se com a

promulgação das seis emendas constitucionais de revisão (ECR), em 7-6-1994. Dessa forma, inadmissível, novamente, a utilização do procedimento de revisão.

A necessidade de que a revisão constitucional fosse operada de uma só vez ficou consignada no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADI-MC 981/PR (Pleno, Relator Min. Néri da Silveira, J. 17/12/1993, DJ 05/08/1994, p. 19299), de modo que é inconstitucional eventual emenda que tenha por objetivo convocar nova revisão constitucional. Veja-se excerto do voto proferido pelo Ministro Néri da Silveira:

Quanto à Constituição de 1988, nela, também, se previram a “emenda”, na Parte Permanente – art. 60, e a “revisão”; esta, porém, nas Disposições Transitórias, art. 3º, a indicar a sua realização, “uma só vez”, como restou amplamente esclarecido na votação do Destaque nº 59, relativo à Emenda nº 1763, de autoria do nobre constituinte Darcy Deitos, que propunha se incluísse, no texto do art. 3º, a locução aludida, o que veio a ser considerado desnecessário (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, de 1º.9.1988, pág. 13.989).

Em face disso, o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Carta Política de 1988, difere do art. 174 da Constituição de 1824, ao estipular prazo para sua reforma, e do art. 178 da Constituição de 1934, ao prever a “revisão” como forma permanente e mudança da Lei Fundamental, nos pontos em que cabível, com plena definição do conteúdo material e do procedimento (art. 178 §§ 2º e 3º).

Art 178 - A Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (arts. 1 a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (Capítulos II III e IV, do Título I; o Capítulo V, do Título I; o Título II; o Título III; e os arts. 175,

177, 181, este mesmo art. 178); e revista, no caso contrário.

§ 1º - Na primeira hipótese, a proposta deverá ser formulada de modo preciso, com indicação dos dispositivos a emendar e será de iniciativa:

a) de uma quarta parte, pelo menos, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

b) de mais de metade dos Estados, nos decurso de dois anos, manifestando-se cada uma das unidades federativas pela maioria da Assembléia respectiva.

Dar-se-á por aprovada a emenda que for aceita, em duas discussões, pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois anos consecutivos.

Se a emenda obtiver o voto de dois terços dos membros componentes de um desses órgãos, deverá ser imediatamente submetida ao voto do outro, se estiver reunido, ou, em caso contrário na primeira sessão legislativa, entendendo-se aprovada, se lograr a mesma maioria.

§ 2º - Na segunda hipótese a proposta de revisão será apresentada na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, e apoiada, pelo menos, por dois quintos dos seus membros, ou submetida a qualquer desses órgãos por dois terços das Assembléias Legislativas, em virtude de deliberação da maioria absoluta de cada uma destas. Se ambos por maioria de votos aceitarem a revisão, proceder-se-á pela forma que determinarem, à elaboração do anteprojeto. Este será submetido, na Legislatura seguinte, a três discussões e votações em duas sessões legislativas, numa e noutra casa.

§ 3º - A revisão ou emenda será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A primeira será incorporada e a segunda

anexada com o respectivo número de ordem, ao texto constitucional que, nesta conformidade, deverá ser publicado com as assinaturas dos membros das duas Mesas.

§ 4º - Não se procederá à reforma da Constituição na vigência do estado de sítio.

§ 5º - Não serão admitidos como objeto de deliberação, projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa.

Não obstante, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citado por Guilherme Peña de Moraes (2007:43) entende possível nova revisão constitucional, *já que a emenda convocatória não estaria impedida por nenhuma limitação jurídica à reforma constitucional, de modo que seria permitida a modificação pelo instrumento da emenda ou revisão à Constituição.*

Já Paulo Bonavides^[34] entende que a revisão só poderia ter sido operada caso o povo, mediante plebiscito, tivesse optado pelo sistema de governo monárquico:

Portanto, do ponto de vista jurídico, afigura-se-nos – e temos inúmeras vezes reiterado esse entendimento – só poderia haver revisão constitucional, veículo da possível reforma estatuída no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, se a resposta plebiscitária for favorável à monarquia constitucional ou ao parlamentarismo.

Fora daí não havia como pretender a reforma da Constituição, exceto por via de outro instrumento que não fosse o da revisão e para fins que excluíssem todavia aqueles sobre os quais já se tivesse manifestado soberanamente o eleitorado, isto é, o grande colégio da cidadania. Este fora convocado, como se sabe, para 7 de setembro de 1993, por um ato de vontade do constituinte supremo (essa data foi antecipada para 21 de abril de 1993, pela Emenda Constitucional n. 2, de 25.8.1992).

(...)

A revisão é, de conseguinte, figura transitória. Em rigor, não poderia sequer ser utilizada – deixando imediatamente de existir – pois o povo disse não à monarquia ou ao parlamentarismo. O texto constitucional propriamente dito, quer dizer, sua parte permanente, ignora a revisão. Não consta ela do processo legislativo estabelecido pelo art. 59 da Constituição; bem ao contrário, portanto, do que ocorria na Carta de 1934, onde o meio revisional era peça constitutiva do processo normal de alteração da lei maior.

Dessas diferenças acima expostas, embora as divergências doutrinárias apontadas, extrai-se que não é possível confundir a competência de reforma prevista no art. 60 e parágrafos da Constituição Federal com a competência de revisão prevista no art. 3º do ADCT, pois cada qual tem o seu próprio âmbito de atuação.

Tanto é assim que o art. 3º ADCT não impediu o exercício da competência de reforma nos 5 (cinco) anos que se seguiram à Constituição Federal, tendo sido editadas neste período as Emendas Constitucionais nº 1, de 31 de março de 1992 e nº 2, de 25 de agosto de 1992, não havendo falar em inconstitucionalidade dessas emendas por ofensa a limite temporal do Poder Constituinte Derivado Reformador.

3.4. Limites Materiais

Determinados temas são intangíveis ou imodificáveis na Constituição Federal. Nesses temas, a nossa Carta Magna não seria apenas rígida, mas super-rígida, porque proíbe qualquer alteração tendente a abolir o texto relativamente a esses assuntos. São cláusulas pétreas, que não podem sofrer alteração, modificação e, por isso, são também denominadas núcleos eternos da constituição.

Com relação às limitações materiais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal salienta que, malgrado o art. 60, § 4º, faça menção à “emenda”, e não também à “revisão”, as limitações materiais compreendem ambas as formas de manifestação do poder constituinte derivado reformador: “emenda ou revisão, como processos de mudança na Constituição, são manifestações do

poder constituinte instituído e, por sua natureza, limitado. Está a 'revisão', prevista no art. 3º do ADCT, sujeita aos limites estabelecidos no art. 60, § 4º, da CRFB. (STF, ADin nº 981, Rel. Min. Néri da Silveira, J 17.12.1993, DJU 05.08.1994)^[35]

Nesse tema, uma indagação merece resposta: é justo uma constituição engessar o futuro de outras gerações?

Poder-se-ia defender que as cláusulas pétreas representam paralisação da mudança que é normal na sociedade. Com efeito, conforme defendido anteriormente, a realidade social está em constante mutação, o que é inerente aos avanços tecnológicos, da informática e das ideologias. O que hoje se entende que é o melhor para a sociedade (federação, voto direto, universal, secreto e periódico, direitos e garantias individuais, separação dos poderes) pode, no futuro, vir a ser ultrapassado.

Porém, majoritariamente, entende-se que as cláusulas pétreas são benéficas, evitando que a parte mais importante da Constituição Federal seja alterada, de modo a enfraquecer a própria existência do Estado. Nesse tema, pode ser aplicado o princípio da proibição do retrocesso, pelo qual é vedado o suprimento de direitos já conquistados e garantidos. Assim, na evolução histórica, o Poder Constituinte Derivado Reformador pode alterar as cláusulas pétreas desde que resguarde o seu núcleo essencial, e não tenda a sua abolição.

Imperioso destacar que não é necessário, para ser inconstitucional, que uma emenda declare expressamente a supressão de um dos temas elencados como cláusula pétrea. Basta que *tenda* a sua abolição. Assim a doutrina:

É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: “fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado”; “fica abolido o voto direto...”; “passa a vigorar a concentração de Poderes”, ou ainda “fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação..., ou o habeas corpus, o mandado de segurança...”. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade

religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, “tenda” (emendas tendentes, diz o texto) para a sua abolição.^[36]

No que alude à profundidade da limitação material explícita, a elocução “tendente a abolir” indica que a reforma constitucional não pode alcançar a essência dos institutos enumerados taxativamente no art. 60, § 4º da CRFB, de forma a descaracterizá-los.^[37]

Veja-se o seguinte exemplo: seria possível uma proposta de emenda que retirasse todos os tributos dos estados-membros e repassasse para a União? Não seria possível, pois estaria tendendo a abolir a federação, porque uma de suas características é a divisão constitucional de competências. A Constituição Federal não pode negar recursos para fazer frente às atribuições decorrentes das competências dos estados-membros. A proposta de emenda constitucional nesse sentido não representaria abolição da divisão constitucional de competências entre os entes federados, mas tendência a abolição. Indiretamente atingiria a federação, que tem como característica a divisão constitucional de competências. Por essa razão, uma emenda constitucional com esse tema seria inconstitucional.

Tanto a forma federativa de Estado quanto os direitos fundamentais podem ser considerados o núcleo duro da Constituição, porque não se modificam com facilidade; são quase imutáveis. Sem esse núcleo não se cria um documento chamado constituição.

Com efeito, no texto constitucional existe um mínimo material, e dentro do mínimo material há o núcleo duro – essa teoria vem sendo desenvolvida desde a Revolução Francesa: art. 16 da Declaração Francesa de Direitos e Deveres do Homem.

Canotilho denominou o núcleo mínimo material da Constituição Federal (direitos fundamentais e forma e organização do Estado) de Bloco de Constitucionalidade. É o núcleo imodificável para menor na Constituição Federal:

Aliás, o próprio STF já disse que dispõe "de irrecusável potestade interpretativa e construtiva,

que lhe permite, até - sem perda da legitimidade de suas funções institucionais -, proceder a reinterpretções constantes da Constituição, com o objetivo de adequá-la às novas condições históricas, econômicas, políticas ou sociais e de transformá-la em um documento vivo e sempre atual". O Min. CELSO DE MELLO, relator, conclui seu raciocínio afirmando que "nesse processo, o Supremo Tribunal Federal expande o exercício da interpretação constitucional para muito além de referências meramente literais que se contêm no texto da Lei Fundamental" (LEX, JSTF, vol. 181, pág. 363). É o que denominamos de "interpretação construtiva".

Por isso, podemos dizer que o bloco de constitucionalidade é maior que a própria Constituição na medida em que aumenta significativamente as disposições dotadas de densidade constitucional, inserindo-se, nesse contexto, "toda uma série de regras ou de princípios que modificam a natureza dos direitos e liberdades" (LOUIS FAVOREU e LOÏC PHILIP, ob. cit., pág. 249). Em síntese, "as possibilidades de extensão do bloco de constitucionalidade são doravante praticamente ilimitadas" (idem, pág. 249). O conceito de bloco de constitucionalidade não se limita às disposições singulares do direito constitucional escrito. De um lado, essa idéia abrange todos os princípios constantes do texto constitucional. Por outro, esse conceito abarca, igualmente, todos os princípios derivados da Constituição enquanto unidade, tais como o princípio da democracia, o princípio federativo, o princípio da federação, o princípio do Estado de Direito, o princípio da ordem democrática e liberal e o princípio do estado social, além do preâmbulo da Carta, os princípios gerais próprios do sistema adotado e, inclusive, princípios

suprapositivos imanentes à própria ordem jurídica.[\[38\]](#)

Posto isso, necessário se faz citar agora quais são os temas eleitos na Constituição Federal como intangíveis.

Há duas espécies de limites materiais: os expressos, que estão enumerados no art. 60 § 4º da Constituição Federal; e os implícitos ou decorrentes do sistema constitucional que, embora não previstos expressamente, são considerados cláusulas pétreas porque a sua supressão representaria, indiretamente, a supressão dos limites materiais expressos.

3.4.1. Limites materiais expressos

Os limites materiais expressos são os seguintes (art. 60 § 4º CF):

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

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

No inciso I, busca-se proteger as características inerentes à Federação:

- Indissolubilidade do vínculo – art. 1º CF – mecanismo de proteção no art. 11 da Lei 7.170/83, por meio de intervenção federal (art. 34 CF) e ADIN Interventiva pelo MPF;

- Divisão constitucional de competências – marca dessa forma de Estado – marcada pela característica da imutabilidade – art. 60, § 4º CF (U – art. 21, 22; M – art. 29, 30; E – art. 25; DF – art. 32);

Em razão do Federalismo Fiscal – a União divide as competências e na ordem tributária oferece os recursos para fazer frente às despesas com as competências – repasse para os E, DF e M por meio dos fundos – também chamado de federalismo cooperativista – a União arrecada e repassa para as PJ com capacidade política.

- Existência de um tribunal encarregado da manutenção da federação – defesa do pacto federativo – STF, art. 102, a, CF;

Ex: dissídio entre pessoas jurídicas com capacidade política – competência do STF

As decisões dos TJs devem se estabilizar na própria unidade federada, pois só em situações excepcionais o caso vai para STJ ou STF

- Participação das unidades parciais na formulação da vontade geral (lei em sentido genérico) – em todas as leis os estados-membros devem se manifestar: CD – representantes do povo e SF – representantes dos estados-membros – art.46 – não existe no Brasil lei sem a participação dos estados – bicameralismo federativo de equilíbrio – duas casas no CN

Na Inglaterra há bicameralismo aristocrático – uma casa alta e uma casa baixa.

- Rigidez constitucional – processo mais trabalhoso e burocrático para o processo de alteração das normas constitucionais – característica para manutenção da federação – art. 60 CF

- Capacidade de auto-organização dos estados-membros e auto-constituição – art. 25 – poder constituinte derivado decorrente:

Câmara – mais liberal – 21 anos para ser deputado

Senado – mais conservador – 35 anos para ser senador

Daí o desenho das casas e daí a Câmara ser a casa iniciadora do processo legislativo.

O voto direto, secreto, universal e periódico é característica da forma republicana de governo. Significa que entre o titular do poder (povo) e seu representante, não devem existir intermediários.

Nesse ponto, a Constituição Federal elenca uma única exceção, em que a eleição é indireta, no art. 81 § 1º, que assim dispõe:

Art. 81. Vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, far-se-á eleição noventa dias depois de aberta a última vaga.

§ 1º - Ocorrendo a vacância nos últimos dois anos do período presidencial, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pelo Congresso Nacional, na forma da lei.

O voto é secreto para a garantia da independência e da liberdade daquele que irá votar.

As eleições devem ser de período em período. O lapso temporal deve ser razoável, como meio de se garantir efetividade à forma republicana de governo. Por essa razão, uma proposta de emenda

constitucional que pretendesse ampliar os mandatos eletivos para vinte anos e não mais quatro ou oito seria inconstitucional.

O seguinte debate merece ser destacado:

BRASÍLIA - O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Gilmar Mendes, classificou nesta segunda-feira de "casuísmo" as propostas de um terceiro mandato para o presidente Luiz Inácio Lula da Silva e de prorrogação por mais dois anos dos atuais mandatos de presidente, governadores, deputados e senadores. Segundo ele, dificilmente as propostas seriam aprovadas no Supremo. Dos 11 integrantes do STF, pelo menos cinco deles, ouvidos pelo GLOBO, são contra a possibilidade do terceiro mandato. (Leia mais no Blog do Noblat)

- Acho extremamente difícil fazer a compatibilização com o princípio republicano. As duas medidas (terceiro mandato e ampliação do atual mandato para 6 anos) têm muitas características de casuísmo. Vejo que dificilmente seria aprovado no STF - disse o ministro, após dar palestra na Embaixada da Alemanha, em Brasília.

Para Gilmar, a reeleição é uma prática de vários países democráticos. Mas a reeleição continuada fere os princípios republicanos.

- Democracia constitucional é mais do que reeleição. A reeleição continuada, que pode ser a quarta, a quinta, não. Certamente seria uma lesão ao princípio republicano.

Caso aprovada a emenda que prevê a possibilidade de o presidente Lula disputar o terceiro mandato, e ela seja um dia julgada pelo STF, a tendência é que seja derrubada. Além de Gilmar, Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio Mello já se manifestaram, no ano passado, contra o terceiro mandato consecutivo. Dois outros ministros declararam recentemente ao GLOBO, em caráter reservado, que também são contra a proposta.

- O terceiro mandato recende a uma postura antirrepublicana - já dizia Ayres Britto ao GLOBO ano passado.

- Caminhar agora para o terceiro mandato é adotar posição contrária aos ares democráticos republicanos - disse Marco Aurélio, também em entrevista recente.

- A alternância de poder é essencial para haver democracia - concordou um outro ministro, reservadamente.

A hipótese tem sido cogitada por aliados do governo, caso os problemas de saúde inviabilizem a candidatura da ministra Dilma Rousseff (Casa Civil) à Presidência em 2010. Lula, porém, tem negado o desejo de disputar nova reeleição. [\[39\]](#)

Não apenas a separação de poderes, mas também as suas características são imutáveis. Seria constitucional, por exemplo, inserir o Ministério Público dentro de um dos três poderes, pois se estaria fortalecendo um deles, favorecendo-o, em detrimento dos outros.

Quanto aos direitos e garantias individuais, há doutrinadores que entendem ser intangível apenas o art. 5º da Constituição Federal, outros dizendo que é todo o Capítulo II, entendendo que, quando a CF fala em direitos individuais, disse menos do que queria: deveria ter dito direitos fundamentais, seguindo uma interpretação teleológica e ampliativa, que respeita o princípio da dignidade da pessoa humana – daí os direitos coletivos de segunda geração também seriam cláusula pétrea.

Aqui, importante defender que os direitos e garantias individuais não estão somente no art. 5º da Constituição Federal, mas espalhados em todo o texto constitucional. Assim preceitua Alexandre de Moraes[\[40\]](#):

Lembre-mos, ainda, que a grande novidade do referido art. 60 está na inclusão, entre as limitações ao poder de reforma da Constituição, dos direitos inerentes ao exercício da democracia representativa e dos direitos e garantias individuais, que por não se encontrarem restritos ao rol do art. 5º, resguardam um conjunto mais amplo de direitos constitucionais

de caráter individual dispersos no texto da Carta Magna.

Como exemplo, importante citar o acórdão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu que a anterioridade tributária é direito individual:

Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originaria, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no paragrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributaria recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços

dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.

(Tribunal Pleno; ADI 939/DF; Relator Min. Sydney Sanches; J. 15/12/1993; DJ 18/03/1994, p. 05165)

Grande discussão causou a EC 41/2003, que instituiu a Reforma da Previdência. Por tal emenda, passou-se a cobrar contribuição social de inativos e pensionistas filiados a Regime Próprio de Previdência Social. Em votação por maioria (sete votos a quatro), o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a cobrança, a despeito da alegação de que tal exação feriria as garantias do direito adquirido por parte daqueles que já se encontravam recebendo proventos de aposentadoria e de pensão por morte:

1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não

retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III,

194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. 3. Inconstitucionalidade. Ação direta. Emenda Constitucional (EC nº 41/2003, art. 4º, § único, I e II). Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Bases de cálculo diferenciadas. Arbitrariedade. Tratamento discriminatório entre servidores e pensionistas da União, de um lado, e servidores e pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de outro. Ofensa ao princípio constitucional da isonomia tributária, que é particularização do princípio fundamental da igualdade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constante do art. 4º, § único, I e II, da EC nº 41/2003. Aplicação dos arts. 145, § 1º, e 150, II, cc. art. 5º, caput e § 1º, e 60, § 4º, IV, da CF, com restabelecimento do caráter geral da regra do art. 40, § 18. São inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constantes do § único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e tal pronúncia restabelece o caráter geral da regra do art. 40, § 18, da Constituição da República, com a redação dada por essa mesma Emenda.

(Tribunal Pleno; ADI 3105/DF; Relatora Min. Ellen Gracie; Relator p/ Acórdão Min. Cezar Peluso; J. 18/08/2004; DJ 18/02/2005, p. 00004)

Como se vê, ao Supremo Tribunal Federal é dado dizer, em última palavra, quando uma emenda constitucional fere os direitos e

garantias individuais consagrados como cláusula pétrea, para declará-lo ou não a inconstitucionalidade.

3.4.2. Limites materiais implícitos

De início, importante ressaltar aquilo que Bonavides^[41] considera como limitação tácita, que seria a reforma total da Constituição. Para este autor, a reforma integral do texto constitucional importaria em sua ab-rogação e outorga ao Poder Constituinte Derivado Reformador de soberania equivalente à do Poder Constituinte Originário. Porém, o autor reconhece que modificações parciais em um artigo apenas podem significar profundas modificações no espírito constitucional:

Quanto à extensão da reforma, considera-se, no silêncio do texto constitucional, excluída a possibilidade de revisão total, porquanto admiti-la seria reconhecer ao poder revisor capacidade soberana para ab-rogar a Constituição que o criou, ou seja, para destruir o fundamento de sua competência ou autoridade mesma. Há também reformas parciais que, removendo um simples artigo da Constituição, podem revogar princípios básicos e abalar os alicerces de todo o sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, o quebramento de todo o espírito que anima a ordem constitucional.

Quanto às limitações materiais implícitas ou inerentes, a doutrina brasileira as vinha admitindo, em termos que foram bem expostos por Nelson de Sousa Sampaio. Há, no entanto, uma tendência a ampliar as hipóteses de limitações materiais expressas que, por certo, tem a consequência de não mais reconhecer-se a possibilidade de limitações materiais implícitas. É o caso, por exemplo, da Constituição portuguesa que arrolou como limites materiais de sua revisão enorme relação de matérias (art. 188). Assim, também quando a Constituição Federal enumera matérias de direitos fundamentais como insuscetíveis de emendas, há de se tomar essa

postura como inadmitindo hipóteses de limitação implícita.^[42]

A maioria doutrinária entende que as limitações materiais implícitas ao Poder Constituinte Derivado Reformador são três:

- Inconstitucional a proposta de emenda tendente a modificar o titular do poder constituinte originário – povo;
- Inconstitucional a proposta de emenda tendente a modificar a legitimidade do poder constituinte originário reformador;
- Modificação do processo legislativo de criação da emenda – é característica da Constituição Federal a rigidez.

Nesse sentido:

(...) se pudessem ser mudadas pelo poder de emenda ordinário, de nada adiantaria estabelecer vedações circunstanciais ou materiais a esse poder. São elas:

(1) “as concernentes ao titular do poder constituinte”, pois uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador;

(2) “as referentes ao titular do poder reformador”, pois seria despautério que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário;

(3) “as relativas ao processo da própria emenda”, distinguindo-se quanto à natureza da reforma, para admiti-la quando se tratar de tornar mais difícil seu processo, não a aceitando quando vise a atenuá-lo.^[43]

Canotilho diz que é possível proposta de emenda com o objetivo de dificultar a modificação da CF.

Guilherme Peña de Moraes ainda defende a existência de duas outras limitações implícitas ao Poder Constituinte Derivado Reformador existentes na Constituição Federal, consubstanciadas na impossibilidade de alteração do art. 60 § 4º da Constituição Federal e de modificação do sistema e da forma de governo:^[44]

Destarte, somos do entendimento de que duas matérias são também alcançadas pelas limitações

implícitas, sem prejuízo da imodificabilidade da titularidade do poder constituinte, originário e derivado, e do procedimento de reforma constitucional, uma limitação material implícita correspondente à enumeração das cláusulas pétreas expressas, posto que não há a possibilidade de supressão de nenhuma limitação material explícita, com o escopo de impedir a aplicação da teoria da dupla reforma no ordenamento normativo brasileiro, à luz do art. 60, § 4º, da CRFB; outra limitação material implícita consiste na forma e sistema de governo, visto que não há a possibilidade de substituição da república pela monarquia, bem como presidencialismo pelo parlamentarismo, respectivamente, após o resultado do plebiscito de 21 de abril de 1993, ao teor dos arts. 1º, caput, e 76 da CRFB, bem como do art. 2º do ADCT.

No que tange à modificação da forma de governo, José Afonso da Silva entende que não se trata apenas de limitação implícita, mas expressa, já que a Constituição Federal expressamente prevê a proteção ao princípio republicano e suas conseqüências, no art. 34. O autor traça as seguintes considerações^[45]:

A atual Constituição não incluiu a República expressamente entre as matérias imodificáveis por emenda. Não o fez, porque previu um plebiscito para que o povo decidisse sobre a forma de governo: República ou Monarquia constitucional. O povo, em votação direta, optou por maioria esmagadora pela República, legitimando-a de uma vez por todas, já que a sua proclamação não contou com sua participação. Assim, popularmente consolidada, é de perguntar-se, não estando ela expressamente no rol das cláusulas intangíveis, pode ser objeto emenda a sua abolição com instauração da forma monárquica de governo. Inicialmente tive dúvidas e cheguei mesmo a escrever, nas edições anteriores deste manual, que, por não ser vedada emenda tendente a

abolir a República, ficava reconhecida o direito de formação de partido monarquista que atuasse no sentido de instaurar a Monarquia mediante emenda constitucional. Assim o disse, embora destacasse que a Constituição inscreve a forma republicana como um princípio constitucional a ser assegurado e observado (art. 34, VII, a), o que significa dizer, por um lado, que certos elementos do conceito de República, como a periodicidade de mandato, devem ser assegurados e observados. Ora, meditando melhor sobre a questão, verifiquei que meu texto, naqueles termos, era contraditório. Se a forma republicana constitui um princípio constitucional que tem que ser assegurado, como admitir que emenda constitucional possa abolilo? Os fundamentos que justificam a inclusão da República entre as cláusulas intangíveis continuam presentes na Constituição, que só os afastou por um momento, a fim de que o povo decidisse sobre ela. Como o povo o fez no sentido de sua preservação, todos aqueles fundamentos readquiriram plena eficácia de cláusulas intocáveis por via de emenda constitucional. Não se trata, no caso, de simples limitação implícita, mas de limitação que encontra no contexto constitucional seus fundamentos, tanto quanto o encontraria se a limitação fosse expressa.

Nesse sentido, veja-se excerto do voto proferido pelo Ministro Néri da Silveira ADI-MC 981/PR (Pleno, Relator Min. Néri da Silveira, J. 17/12/1993, DJ 05/08/1994, p. 19299):

Por força dos resultados do plebiscito de 21 de abril de 1993, a que se refere o art. 2º do mesmo Ato das Disposições Transitórias, os princípios republicano e presidencialista tornaram-se definitivos na caracterização da forma e sistema de governo do Estado federal brasileiro. A separação dos Poderes, como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, III), por igual, é, assim, ponto insubstituível, do

sistema constitucional, com a expressão que lhe confere o art. 2º da Lei Magna, ao preceituar:

“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Quanto à revogação do art. 60 § 4º da Constituição Federal, tal representaria reforma com o nítido propósito de suprimir as cláusulas pétreas por meio de dupla revisão constitucional – em um primeiro momento revoga-se o art. 60 e depois se fazem as alterações que se deseja.

Quanto à proibição da dupla reforma, como é entendida a proposta de emenda tendente a modificar o art. 60 § 4º da Constituição Federal, Guilherme Peña de Moraes encontra apoio em Lammêgo Uadi Bulos (1996:101-102)[\[46\]](#):

No que concerne à imodificabilidade da enumeração das cláusulas pétreas expressas, a aceitação da teoria da dupla reforma, também designada de técnica do duplo processo ou duplo grau de reforma, implementada na terceira revisão à Constituição da República Portuguesa, permitiria a eliminação das limitações materiais explícitas, mediante duas emendas ou revisões, de modo que a primeira revogaria o preceito constitucional que enumera as cláusulas pétreas expressas, ao passo que a segunda modificaria os preceptivos constitucionais relativos aos assuntos que anteriormente eram protegidas pelas limitações materiais explícitas.

E também em Alexandre de Moraes:[\[47\]](#)

A existência de limitação explícita e implícita que controla o Poder Constituinte derivado-reformador é, igualmente, reconhecida por Pontes de Miranda, Pinto Ferreira e Nelson de Souza Sampaio, que entre outros ilustres publicistas salientam ser implicitamente irreformável a norma constitucional que prevê as limitações expressas (CF, art. 60), pois, se diferente fosse, a proibição expressa poderia

desaparecer, para, só posteriormente, desaparecer, por exemplo, as cláusulas pétreas. Além disto, observa-se a inalterabilidade do Poder Constituinte derivado-reformador, sob pena de também afrontar a Separação dos Poderes da República.

Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho^[48] e Jorge Miranda^[49] defendem a possibilidade de supressão de limitação material explícita, desde que aplicada a dupla reforma.

CONCLUSÃO

Desse breve estudo acerca dos limites ao Poder Constituinte Derivado Reformador, é possível se chegar a algumas conclusões, a saber:

A nossa Constituição Federal de 1988 é do tipo rígida, sendo super-rígida naquelas cláusulas denominadas pétreas ou intangíveis. Isso é assim porque decorremos de um anterior regime autoritário, onde os direitos fundamentais não eram observados a contento. Assim, buscou-se uma super-proteção desses direitos, neles incluídos os direitos individuais e o direito ao voto direto, secreto, universal e periódico. O mesmo se dá com a forma de Estado e a Separação dos Poderes, a fim de assegurar o Estado Democrático de Direito.

A fim de proteger o texto constitucional de mudanças arbitrárias e tendentes a abolir direitos, muitos limites foram impostos ao Poder Constituinte Derivado Reformador, sendo que sua inobservância acarreta a inconstitucionalidade da emenda que não os obedeceu.

Como visto no decorrer deste trabalho, o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário incumbido de zelar e guardar a Constituição Federal, já se pronunciou várias vezes acerca de emendas constitucionais que não observaram os limites impostos pelo Poder Constituinte Originário. Assim, foi declarada a inconstitucionalidade de emendas constitucionais que não observaram tais limites.

Outrossim, ao Supremo Tribunal Federal também é dado reconhecer a constitucionalidade dessas emendas, quando concluir que não ferem os limites ao Poder Constituinte Derivado Reformador,

como feito quando do julgamento da Emenda que instituiu a Reforma da Previdência, conforme estudado alhures.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 22ª edição atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2008;

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>; Acesso em 21/04/2015;

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>; Acesso em 21/04/2015;

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>; Acesso em 21/04/2015;

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>; Acesso em 23/04/2015;

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>; Acesso em 23/04/2015;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>; Acesso em 25/04/2015;

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 . Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>; Acesso em 26/04/2015;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>; Acesso em 26/04/2015;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 939/DF. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>; Acesso em: 30/04/2015;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 981/PR. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>; Acesso em: 30/04/2015;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 2135/DF. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>; Acesso em: 23/04/2015;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Significação e alcance das cláusulas pétreas in Revista de Direito Administrativo, nº 202, 1995.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008;

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2ª ed. Coimbra, 1987.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 11ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002;

MORAES, Guilherme Peña de. Direito constitucional. Teoria da constituição. 4ª edição revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007;

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 30ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

NOTAS:

[1] BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 201-202

[2] Moraes, Alexandre de. Direito constitucional. 11ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 55.

[3] Ob. cit., p. 141.

[4] ob. cit., p. 141-142.

[5] Direito constitucional. Teoria da constituição. 4ª edição revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 16-17

[6] Ob. cit., p. 56.

[7] Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1993, p. 94.

[8] Ob. cit., p. 141.

[9] Ob. cit., p. 55.

[10] Ob. cit., p. 17-18.

[11] Direito constitucional esquematizado. 12ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 93-97.

[12] Ob. cit., p. 93-95.

[13] Ob. cit., p. 96.

- [14] MORAES, Ob. cit., p. 57.
- [15] LENZA, Pedro. Ob. cit., p. 87.
- [16] BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 146.
- [17] MORAES, Guilherme Peña de. Ob. cit., p. 15.
- [18] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 30ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 64-65.
- [19] SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 65.
- [20] LENZA, Pedro. Ob. cit., p. 93.
- [21] MORAES, Alexandre de. Ob. cit., p. 546
- [22] SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 65-68.
- [23] BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 205.
- [24] LENZA, Pedro. Ob. cit., p. 360-361.
- [25] BONAVIDES, Paulo. Ob. cit., p. 204-205.
- [26] LENZA, Pedro. Ob. cit., p. 362.
- [27] SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 66.
- [28] Ob. cit., p. 34.
- [29] Ob. cit., p. 200.
- [30] SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 65-66.
- [31] LENZA, Pedro. Ob. cit., p. 364.
- [32] MORAES, Guilherme Peña de. Ob. cit., p. 33-34.
- [33] LENZA, Pedro. Ob. cit., p. 92.
- [34] Ob. cit., p.209-210.
- [35] MORAES, Guilherme Peña de. Ob. cit., p. 34.
- [36] SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 67.
- [37] MORAES, Guilherme Peña de. Ob. cit., p. 34.
- [38] JOSINO NETO, Miguel. O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana . Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3619>>. Acesso em: 01 jul. 2009.
- [39] <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2009/05/25/gilmar-mendes-diz-que-propostas-de-terceiro-mandato-de-lula-dificilmente-passam-no-stf-756019271.asp>; publicada em 25/05/2009
- [40] Ob. cit., p. 545.
- [41] Curso de direito constitucional. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 202

[42] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 30ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 67-68.

[43] SILVA, José Afonso da. Ob. cit., p. 68.

[44] Ob. cit., p. 35-36.

[45] Ob. cit., p. 66-67.

[46] Citado por Guilherme Peña de Moraes, Ob. cit., 2007, p. 35.

[47] Ob. cit., p. 547-548.

[48] Significação e alcance das cláusulas pétreas in Revista de Direito Administrativo, nº 202, 1995, p. 17.

[49] Manual de direito constitucional. 2ª ed. Coimbra, 1987, p. 181.

HIERARQUIA NORMATIVA DO TRATADO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL DIANTE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

ROSEMARY GONÇALVES MARTINS: Advogada.
Graduada em Direito pela Universidade Nove de Julho - UNINOVE (Turma 01/2009 - 02/2013).

RESUMO: O presente artigo objetiva promover um enfoque do Estatuto de Roma, que instituiu o TPI, de modo a investigar qual a hierarquia normativa do ingresso desse Estatuto em relação à Constituição Federal brasileira de 1988. Para a plena compreensão da gênese e princípios do TPI imperioso se faz um retorno aos seus precedentes jurídicos, através do estudo da evolução dos Tribunais Penais Internacionais até a instituição e funcionamento efetivo da Corte Penal Internacional (CPI) – *International Criminal Court (ICC)*. Por derradeiro, a presente abordagem trata da ratificação do Estatuto de Roma pelo Brasil e seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, procedendo-se uma análise da classificação hierárquica dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos aprovados por *quorum* comum (e não qualificado, para que seja equiparado às emendas constitucionais), como é o TPI, perante a ordem jurídica brasileira. Por fim, conclui-se que, por cuidar-se de tratado internacional de direitos humanos ratificado anteriormente à previsão de *quorum* qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88 (*quorum* de três quintos em dupla votação nas duas Casas legislativas), o Estatuto de Roma integrou-se ao Direito brasileiro com hierarquia

infraconstitucional, mas *status* supralegal (situando-se em grau superior às leis ordinárias, porém em grau inferior à Constituição). Logo, situa-se no patamar inferior à Constituição, todavia superior a toda a legislação infraconstitucional, possuindo, assim, *status* normativo supralegal.

Palavras-chave: Tribunal Penal Internacional. Estatuto de Roma. Direito Penal Internacional. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Constituição Federal.

INTRODUÇÃO

O estudo do TPI trilha o mesmo caminho da História da humanidade, estando intrinsecamente aliado às incontáveis violações de direitos humanos por ela sofridos ao longo dessa caminhada.

Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial e, sobretudo, por ocasião do seu término, a comunidade internacional saltou etapas e, invertendo a lógica da destruição, começou a repensar a noção de soberania nacional absoluta de outrora para construir um arraigado conceito de soberania, assentado no princípio da dignidade humana, com vistas à reconstrução. Assim, diante desses prenúncios, planta-se a semente para que o ser humano adquira o direito a ter direitos, tornando-se sujeito de direitos e deveres no plano internacional. A partir desse momento haveria o estabelecimento da responsabilidade internacional pessoal.

A princípio a aplicação da responsabilidade penal individual encontrou um óbice na inexistência de órgãos internacionais que aplicassem as normas de Direito Penal em âmbito internacional. A partir daí, a idéia da instituição de uma jurisdição internacional passou a afigurar como um dos temas mais instigantes da humanidade.

A verdade é que naquele momento a instituição de um tribunal permanente que venha a julgar e punir os mais terríveis crimes praticados contra a humanidade e que, desta forma desestimule ações do mesmo tipo por outros criminosos, de modo a atacar as violações frontais aos direitos humanos em termos repressivos (condenando os culpados) e preventivos (inibindo a tentativa de repetição dos crimes cometidos) representava, antes de tudo, um dever para com as vítimas e futuras gerações.

Esse processo, posteriormente a uma longa gestação, culminou com a criação do Estatuto de Roma e estabelecimento do TPI.

Entretanto, haja vista que foi ratificado no período anterior ao advento da Emenda Constitucional nº. 45/04 e consequente inclusão do § 3º ao art. 5º da CF/88, o qual prevê o *quorum* qualificado para a aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos, com o escopo de que sejam eles equiparados a texto constitucional, esse comprometimento solenemente estabelecido ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com qual hierarquia normativa?

Sendo o cerne do tema que se propõe a ser tratado o liame estabelecido entre o Estatuto de Roma do TPI e a Constituição Federal brasileira de 1988, é sobre essa problemática que se debruçará o estudo a ser desenvolvido no presente artigo científico.

1. A TRAJETÓRIA DA CONCEPÇÃO DE UM TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: O CAMINHAR DE UMA IDEIA

A ideia de conceber uma jurisdição penal internacional não é recente. A trajetória da concepção de um Tribunal Penal Internacional trilhou um longo caminho. Enfim, foi uma longa gestação até que viesse a gênese do TPI.

1.1 Do surgimento dos Tribunais Militares aos Tribunais *ad hoc* no século XX: A evolução histórica dos Tribunais

São precedentes históricos do TPI:

- a) Tribunal de Leipzig;
- b) Tribunal Militar Internacional de Nuremberg;
- c) Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente;
- d) TPI *ad hoc* para a Bósnia ou extinta Iugoslávia; e,
- e) TPI *ad hoc* para Ruanda.

2. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Extirpando-se a prática de tribunais *ad hoc*, vem a lume o Tribunal Penal Internacional. No ano de 2002 surgiu a primeira Corte internacional permanente com jurisdição sobre pessoas acusadas de cometerem graves violações aos direitos humanos: o TPI, criado pelo Estatuto de Roma.^[1]

No ano de 2002, durante a Conferência Diplomática dos Plenipotenciários^[2] das Nações Unidas, o Estatuto de Roma (também conhecido como Tratado de Roma ou, ainda, Convenção de Roma) do

Tribunal Penal Internacional foi afinal aprovado por cento e vinte Estados, em 17 de julho de 1998, contra apenas sete votos – China, Estados Unidos, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Qatar – e vinte e uma abstenções, notadamente a da Índia.^[3]

Nas palavras da ilustre Piovesan (2008, p. 223-224):

Surge o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária.

Como enuncia o art. 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno.

Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação.

A Corte Penal Internacional (CPI), também conhecida como Tribunal Penal Internacional (TPI) – *International Criminal Court (ICC)* –, instituição dotada de personalidade jurídica própria, passou a existir juridicamente a partir da data de 1º de julho de 2002 – quatro anos depois da adoção do Estatuto de Roma, que previu a sua criação –, mas seu funcionamento efetivo apenas iniciara em maio de 2003.

Segundo o Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional é uma pessoa jurídica de Direito Internacional com capacidade necessária para o desempenho de suas funções e de seus objetivos. O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções nos termos do seu Estatuto, no território de qualquer Estado parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado (art. 4º, §§ 1º e 2º).^[4]

O TPI trata-se da primeira instituição global **permanente, universal e imparcial** de justiça penal da História da humanidade, dotada de princípios previamente definidos, em contraponto aos tribunais *ad hoc* que o precederam, instituída para investigar, processar e julgar os acusados pela prática de crimes que desafiam a imaginação, violam a ordem internacional como um todo e que ultrajam profundamente a consciência da humanidade, a exemplo do genocídio, dos crimes contra a humanidade, dos crimes de guerra e do crime de agressão.

3. O INGRESSO DO TPI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 A ratificação

O Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional foi aprovado em 17.07.1998. O Brasil assinou o aludido estatuto em 07.02.2000 e o Congresso Nacional o aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 112, em 06.06.2002, tendo sido promulgado em 26.09.2002, pelo Decreto presidencial n. 4.388. A *carta de ratificação* fora depositada em 20.06.2002, entrando em vigor em 1º.07.2002. Para o Brasil, internacionalmente, nos termos de seu art. 126, passou a vigorar em 1º de setembro de 2002.^[5]

A partir desse momento o Brasil, que foi um dos signatários originais do Estatuto, passa a fazer parte da jurisdição do TPI, em cumprimento ao disposto no art. 7º do ADCT.

3.2 Hierarquia normativa do Tratado de Roma

Segundo Hildebrando Accioly: “Por tratado entende-se o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontade entre duas ou mais pessoas internacionais”.^[6]

Nos termos da Convenção de Viena, tratado internacional consiste em “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional [...] qualquer que seja a denominação especificada.”^[7]

Em suma, trata-se de todo acordo internacional, bilateral ou multilateral, por escrito, entre sujeitos de direito internacional público.

No que se refere à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos adotados anteriormente à Constituição Federal de 1988, a posição consolidada pelo STF no Recurso Extraordinário 80.004-SE/77, Relator Ministro Cunha Peixoto, julgado em 01º de Junho de 1977^[8], de modo a não pairar dúvidas, foi no sentido de que eles se equiparam hierarquicamente às leis ordinárias.

Esse entendimento foi reiterado pelo STF mesmo após a promulgação da Constituição de 1988 (STF HC 72.131-RJ, ADIn 1.480-3-DF, ADIn 1.347-DF etc.). Neste passo, não pairavam dúvidas de que os tratados internacionais em geral possuem paridade normativa com as leis ordinárias, isto é, possuem *status* de norma ordinária.

Por sua vez, com o advento da Emenda Constitucional nº. 45/04 (Reforma do Judiciário), que acrescentara ao art. 5º da CF/88 os §§ 3º e 4º, observa-se que a inserção dos referidos parágrafos permite aos tratados ou convenções internacionais sobre direitos humanos desde que aprovados com *quorum* qualificado – equivalente ao exigido para as emendas constitucionais – serem equiparados às emendas constitucionais, ou seja, concede-lhes *status* de norma constitucional.^[9]

Por outro lado, no que tange ao nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos vigentes no Brasil, mas não aprovados pelo *quorum* qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88 (*quorum* de três quintos em dupla votação nas duas Casas legislativas) ainda pairam muitas discussões.

Para Piovesan (2008, p. 72-73):

Observa-se que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional nº. 45/04 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o *quorum* dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um turno único de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto.

Reitera-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação,

são materialmente constitucionais, compondo bloco de constitucionalidade.

[...] tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao § 3º do art. 5º da CF têm hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais.

Deste modo, a ilustre doutrinadora entende que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao advento da Emenda Constitucional nº. 45/04 e da consequente inserção do § 3º do art. 5º da CF/88 e, que, por isso, não foi aprovado segundo o procedimento contemplado no dispositivo em comento (votação de três quintos, em dois turnos em cada Casa legislativa) será atribuída a hierarquia de materialmente constitucionais, por força do disposto no § 2º do art. 5º da CF/88. Desta feita, esses tratados apresentam como traço distintivo, em relação aos tratados aprovados de acordo com o procedimento determinado pela Emenda Constitucional nº. 45/04, no tocante ao fato de que, por serem materialmente constitucionais, são suscetíveis de denúncia (ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado), enquanto estes últimos (que são submetidos ao *quorum* qualificado) não são passíveis de serem denunciados. Destarte, conclui ela, que a Emenda Constitucional nº. 45/04 visa conceder maior segurança jurídica ao cumprimento das normas tanto no âmbito interno, quanto no âmbito internacional.

Partidário da mesma tese, Mazzuoli (2005, p. 53) leciona que “[...] o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional integrou-se ao direito brasileiro com *status* de norma constitucional, não podendo quaisquer dos direitos e garantias nele constantes serem abolidos por qualquer meio no Brasil, inclusive por emenda constitucional.”

Na mesma esteira, continua o renomado doutrinador (MAZZUOLI, 2009):

Há muitos anos defendemos que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados à ordem jurídica brasileira têm *status* de norma constitucional, independentemente de maioria aprobatória no Congresso Nacional, pelo simples fato de entendermos que tais instrumentos têm um fundamento ético que ultrapassa qualquer

faculdade que queira o Estado ter (em seu domínio reservado) de alocá-los em "níveis" previamente definidos. Daí termos sempre entendido que o único "nível" que poderia ter um instrumento internacional dessa natureza (ou seja, que veicula normas de direitos humanos) era o nível das normas constitucionais, exatamente por serem estas últimas as que mais altas se encontram dentro da escala hierárquica da ordem jurídica interna.

Para o internacionalista Valério de Oliveira Mazzuoli, todos os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos em vigor, ratificados pelo Estado brasileiro, possuem nível de normas constitucionais, quer seja uma hierarquia somente material (denominada de “*status* de norma constitucional”) – como defendido com brilhantismo por Flávia Piovesan –, quer seja tal hierarquia material e formal (nomeada de “equivalência de emenda constitucional”). Não importa o *quorum* de aprovação do tratado, cuidando-se documento relacionado com os direitos humanos todos possuem *status* de norma constitucional, com fundamento no art. 5º, § 2º da CF/88. Logo, para esse respeitado doutrinador, independentemente da maioria aprobatória no Congresso Nacional, todos os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro são materialmente constitucionais e, quando aprovados por *quorum* qualificado, são formal e materialmente constitucionais.^[10]

Corroborando com os argumentos alhures, a respeitada representante brasileira no TPI até março de 2012, Steiner (2000, p. 86 *apud* ROSA, 2011, p.55) assevera que:

[...] no direito brasileiro também não vemos espaço para controvérsias, posto que o parágrafo 2º, artigo 5º da CF/88, nos parece claro na determinação desta inserção no rol dos direitos e garantias previstos no seu próprio corpo, das normas internacionais de proteção aos direitos fundamentais. A incorporação pelo texto constitucional dessas normas internacionais é inequívoca.

E, por fim, assenta (Ibid., 2000, p. 90 *apud* Murilo Martinez e Silva, 2010) que:

[...] temos por certo possuírem as normas de proteção aos direitos do homem, formalmente, status diferenciado dentro do ordenamento jurídico interno brasileiro, eis que expressamente incorporadas ao rol de direitos e garantias fundamentais previsto na Constituição Federal, nos exatos termos do art. 5.º, §2.º, da Lei Maior. Ainda que não estivesse expreso o dispositivo, prevaleceria o entendimento de serem, as normas de proteção aos direitos humanos, normas materialmente constitucionais, e, portanto, oponíveis às da legislação infraconstitucionais.

Conforme demonstrado, lições ministradas com brilhantismo por um competente setor doutrinário (Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli, Sylvia Steiner, Antônio Augusto Cançado Trindade, Ada Pellegrini Grinover etc) sustenta a tese de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º da CF/88, contariam com *status* de norma materialmente constitucional, por força do art. 5º, § 2º da CF/88. Essa tese sobre o nível materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos independentemente do *quorum* de aprovação congressual, aliás, foi acolhida pelo Ministro Celso de Mello que, após rever seu posicionamento anteriormente partidário à tese da supralegalidade, adotou-a, passando a defendê-la, como o fez no julgamento do HC 87.585-TO. [\[11\]](#)

Para esse competente setor doutrinário (GOMES; MAZZUOLI, 2007, p. 03):

o *quorum* que §3º do art.5º da CF/88 estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do §2.º do art. 5.º.

Destarte, para os defensores dessa tese, a forma solene elencada pelo §3º serviu apenas para atribuir eficácia formal a esses tratados que já se revestiam de eficácia material conferida pelo §2º. Nesta toada, as

normas que tutelam direitos humanos consubstanciam direitos fundamentais (posto que estes se encontram compreendidos naqueles), constituindo, portanto, normas constitucionais materiais, razão pela qual são dotadas de força constitucional.

Há quem defenda que os tratados de direitos humanos possuem nível supraconstitucional. No Brasil, a tese da supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos foi defendida pelo saudoso Prof. Celso Duvivier de Albuquerque Mello, que se dizia "ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada".[\[12\]](#)

Outros, ainda concebem o Estatuto de Roma do TPI como um tratado centrífugo, que conta com natureza supraconstitucional (ou seja: de índole superior à própria Constituição Federal). Esse nível hierárquico de tratado se caracteriza por reger as relações jurídicas dos Estados ou dos indivíduos com a chamada jurisdição global (Justiça global).

Na concepção de Gomes e Mazzuoli (2009, p. 16):

São nominados de *centrífugos* exatamente porque são tratados que *saem* (ou *fogem*) do *centro*, ou seja, do comum, do normal e também porque retiram o sujeito ou o Estado do seu centro, isto é, do seu território, da sua região planetária, dos limites de sua jurisdição doméstica. Tratados ou normas centrífugos são os que conduzem o Estado ou o sujeito a um órgão jurisdicional global (não estamos falando dos órgãos regionais: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Corte Interamericana etc., mas sim - repita-se - de um organismo da esfera *global*). Nesse patamar jurisdicional global contamos com vários órgãos supranacionais relevantes, destacando-se especialmente a Corte Internacional de Justiça (da ONU, reinstituída em 1945), o Tribunal Penal Internacional (criado pelo Estatuto de Roma de

1998 e que entrou em vigor em julho de 2002) e os Tribunais *ad hoc* das Nações Unidas.

Para os defensores dessa tese, esses tratados ou normas (centrífugos) naturalmente possuem o *status* supraconstitucional, precisamente porque regem relações do Estado ou do indivíduo com os órgãos da Justiça global. Partindo dessa concepção, conclui-se que não há que se falar em conflito entre tratado e a Constituição Federal brasileira, já que aquele se sobrepuja a esta.

Assim, do ponto de vista dessa corrente, que conta com o apoio de Gomes e Mazzuoli (*Ibid*, p. 16/17):

Não seria possível (e tampouco jurídico) entender que um instrumento internacional como o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional devesse se submeter às regras constitucionais dos seus respectivos Estados-partes. Quando um Estado assume compromissos mútuos em convenções internacionais de caráter centrífugo ele auto-restringe sua soberania em prol da proteção da humanidade como um todo. Esse interesse *global* é sempre supraconstitucional por compor-se de valores que não se submetem a qualquer ato estatal.

Atualmente, em razão da EC nº. 45/2004, existe uma vertente – a qual encontra nos doutrinadores Dimoulis e Martins (2007 apud CARVALHO, 2011, p. 107/108), bem como em Alexandre de Moraes, seus principais defensores – que propugna pela existência de duas categorias de tratados internacionais, caso incorporem ao Direito brasileiro normas de direitos humanos, senão vejamos:

- a) equivalentes às emendas constitucionais: *Se aprovados pelo quorum previsto no § 3º, do art. 5º, da CF/88*. Integram o bloco de constitucionalidade, submetendo-se à exigência de respeitar as cláusulas pétreas. Apenas podendo ser modificados ou retirados do ordenamento mediante emenda constitucional posterior. Em virtude de sua constitucionalização, tais tratados não admitem emenda constitucional tendente a abolir normas nele presentes, por isso petrificadas; e,

b) força jurídica de lei ordinária se *aprovados por maioria simples do Congresso Nacional*, os quais podem ser derogados ou abrogados mediante lei posterior. Pertencem a essa categoria todos os tratados internacionais aprovados antes da entrada em vigor da EC 45/2004.

No entanto, vinte anos após a promulgação da Lei Maior, impelido a se manifestar, o STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário a quem compete a guarda da Constituição, no RE nº. 466.343-1/SP^[13], julgado em 03 de dezembro de 2008, reformulou o entendimento acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados consoante a sistemática do art. 5º, §3º da CF/88. Adotou-se, por maioria (cinco votos a quatro), a tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, segundo a qual, tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à previsão de *quorum* qualificado “seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*”.^[14] Enfim, gozam de hierarquia infraconstitucional, mas *status* supralegal.

De acordo com o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, tais tratados internacionais de direitos humanos (quando não aprovados conforme o procedimento contemplado pelo § 3º do art. 5º da CF/88) conta com *status* normativo supralegal (situando-se em grau superior às leis ordinárias, porém em grau inferior à Constituição).

Esse entendimento é explicado por Piovesan (2008, p. 71):

Esse entendimento consagra a hierarquia infraconstitucional, mas infralegal, dos tratados internacionais de direitos humanos, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Divorcia-se, dessa forma, da tese majoritária do STF a respeito da paridade entre tratados internacionais e leis federais.

A adoção da tese da supralegalidade implica dizer que os tratados internacionais de direitos humanos em comento, embora não tenham o condão de serem equiparados às normas constitucionais – o qual é conferido ao Poder Constituinte Derivado, mediante a criação de emendas constitucionais – estão em uma hierarquia superior às demais leis encontradas no ordenamento jurídico pátrio.

Segundo o magistério dos retrorreferidos juristas, ante a seu inequívoco caráter especial, torna-se facilmente compreensível a internalização desses tratados internacionais que tutelam a proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, o qual “tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.”^[15]

Oportuno declinar que os defensores da aludida corrente doutrinária aduzem que nada impede o legislador constitucional de submeter os tratados de direitos humanos, para eles dotados de caráter infraconstitucional e *status* supralegal, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição, tal como definido pela EC nº. 45/2004, conferindo-lhes *status* de emenda constitucional, o que os tornaria formalmente constitucionais.

Nesta toada, o STF tornou indubitável que o Estatuto de Roma integrou-se ao Direito brasileiro com hierarquia infraconstitucional, mas *status* supralegal (situando-se em grau superior às leis ordinárias, porém em grau inferior à Constituição). Tendo em vista que se incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro no período anterior à introdução da Emenda Constitucional nº. 45/04, razão pela qual não foi submetido ao mesmo *quorum* de votação das emendas constitucionais para sua aprovação (*quorum* de três quintos em dupla votação nas duas Casas legislativas), o Estatuto de Roma não constitui bloco de constitucionalidade. Destarte, a mencionada decisão proferida pela Suprema Corte deixou assente que o Tratado de Roma situa-se em patamar inferior à Constituição, todavia superior a toda a legislação infraconstitucional, possuindo, assim, *status* normativo supralegal.

CONCLUSÃO

A jurisdição penal internacional trilhou um longo caminho até que viesse a lume o TPI.

Várias foram as tentativas engendradas nesse sentido até que houvesse o estabelecimento efetivo da primeira Corte de Justiça Penal Internacional permanente, independente e imparcial.

Em pouco mais de uma década de existência o TPI se tornou um importante mecanismo de garantia contra as violações de direitos humanos.

Ao TPI ainda resta muito a fazer, bem como – e sobretudo – inúmeras resistências a romper, conforme adiante esclarecido.

A primeira delas diz respeito à soberania dos Estados-membros. Aliás, essa é a principal razão para a recusa por parte dos Estados em ratificar ao Estatuto de Roma. De fato, reconhecer suas limitações, de modo a abrir mão de parte de sua soberania, é algo de sobremaneira comprometedor para um Estado soberano, o que tem feito com que muitos Estados não reconheçam o TPI (Os Estados Unidos, por exemplo, já declararam abertamente que não pretendem fazer parte do TPI).

Tendo em vista que o Tratado de Roma foi ratificado anteriormente ao advento da Emenda Constitucional n.º 45/2004, responsável por incluir o § 3º ao art. 5º da CF/88, tem sido alvo de divergências no âmbito doutrinário brasileiro, notadamente no que se refere à sua hierarquia normativa após a devida incorporação.

O referido dispositivo prevê o *quorum* qualificado para a aprovação dos tratados internacionais de direitos humanos, com o escopo de que sejam eles equiparados a texto constitucional. Uma vez aprovado consoante a sistemática prescrita no § 3º do art. 5º da Lei Maior, o tratado internacional que verse sobre direitos humanos adquirirá o caráter de bloco de constitucionalidade.

Uma vez superada a análise dos posicionamentos acerca da hierarquia normativa dos tratados que incorporam direitos humanos ao Direito brasileiro, nada obstante se afigure como mais acertado o entendimento defendido por um competente (e majoritário) setor da doutrina, segundo o qual sejam eles materialmente constitucionais, haja vista a abertura material estabelecida no § 2º do art. 5º, da CF/88, foi prolatada a decisão (histórica) do STF, no julgamento do RE n.º. 466.343-1/SP, para o qual tais tratados são desprovidos de índole constitucional com fundamento no § 3.º do artigo 5.º da CF/88. De acordo com o referido julgado, a classificação hierárquica dos tratados e convenções internacionais no ordenamento jurídico brasileiro passou a ser a seguinte:

- a) tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados com *quorum* qualificado pelo Congresso Nacional – equiparam-se à Emenda Constitucional (*status* constitucional);
- b) tratados de direitos humanos não aprovados com *quorum* qualificado – *status* supralegal;
- c) tratados e convenções comuns (que não versam sobre direitos humanos) – *status* de lei ordinária;
- d) tratados sobre direito tributário – *status* de lei ordinária (tese da equiparação ou paridade normativa com as leis ordinárias).

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2ª.ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9.ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008.

OBRAS CONSULTADAS ONLINE

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A Incorporação e a Hierarquia dos Direitos Fundamentais Sediados em Tratados Internacionais. In: *Direito Público, América do Norte*, 117 01 2013. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/1105/1125>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Controle de convencionalidade: Valerio Mazzuoli "versus" STF*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090615165108665>. Acesso em: 16 jan. 2013.

_____; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O STF e a nova hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil: do status de lei ordinária ao nível supralegal*. Disponível em:

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16223-16224-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

_____; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional?. In: *Revista de Direito Anhanguera Educacional S.A.*, Valinhos-SP, v. 12, n. 15, 2009. Disponível em: <sare.anhanguera.com/index.php/rdire/article/download/895/625>. Acesso em: 04 abr. 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. [A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos](#). *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2107, 8 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12584>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____. O Tribunal Penal Internacional: integração ao direito brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: divisão jurídica*, Centro de Pós-graduação, Faculdade de Direito de Bauru, n. 43, maio/ago. 2005. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/dpj/cji/bitstream/26501/1546/1/Tribunal%20Penal%20Internacional.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2012.

ROSA, Gerson Faustino. Tribunal Penal Internacional e sua Repercussão no Ordenamento Jurídico Pátrio. In: *Intertem@s*, América do Norte, 1912 04 2011. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/2721/2500>>. Acesso em: 08 set. 2012.

SILVA, Murilo Martinez e. ***O status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos: Primeiras aproximações***. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4166#_ftn28>. Acesso em: 16 jan. 2013.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm#adct>. Acesso em: 27 jan. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 abr. 2015.

BRASIL. Decreto nº. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 27 jan. 2013.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 87.585-8/TO*. Ministro Celso de Mello, Brasília-DF, 12 de março de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VIS_TACM.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Processo de Extradicação nº. 426*. Ministro Rafael Mayer, Brasília-DF, 4 de setembro de 1985. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/727092/extradicao-ext-426-eu-stf>>. Acesso em: 27 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 466.343/SP*. Ministro Cezar Peluso. Brasília-DF, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2013.

FIGURAS

POST.JPG. 2010. Altura: 420 pixels. Largura: 163 pixels. 300 dpi. 32 BIT CMYK. 27KB. Formato JPEG bitmap. Compactado. Disponível em: <<http://ebanoteles.blogspot.com.br/2010/11/direitos-fundamentais-e-direitos.html>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

6.JPG. 2011. Altura: 433 pixels. Largura: 311 pixels. 300 dpi. 32 BIT CMYK. 27KB. Formato JPEG bitmap. Compactado. Disponível em: <<http://modusoperandibylevifreirejr.blogspot.com.br/2011/09/o-que-e-ordenamento-juridico-by-levi.html>>. Acesso em: 28 jan. 2013.

NOTAS:

[1] PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p. 105.

[2] O termo “plenipotenciário” significa uma autoridade, seja ela o Ministro das Relações Exteriores ou outra pessoa por ele indicada, com anuência do Presidente da República e com Carta de Plenos Poderes (por isso, plenipotenciário), que tem o poder de assinar um tratado em nome de seu país. Enfim, plenipotenciários são os chefes das Relações Diplomáticas de um determinado Estado.

[3] COMPARATO, 2010, p.461.

[4] MAZZUOLI, 2005, p. 55.

[5] LENZA, 2008, p. 704.

[6] ACCIOLY, 2000, p. 23.

[7] BRASIL, 2009, art. 2º, § 1º.

[8] No Recurso Extraordinário 80.004-SE/77 ficou assentada a tese que, ante ao conflito entre tratado e lei posterior, esta deve ter garantida sua prevalência, pos representativa da vontade última do legislador (*lex posterior derogat priori*). O Recurso Extraordinário 80.004-SE/77 foi considerado pela doutrina um retrocesso no Direito Internacional Brasileiro, eis que viola o princípio da Boa-Fé (ou *Pacta Sunt Servanda*), esculpido no art. 27 da Convenção de Viena, sobre o Direito dos Tratados, pelo qual é vedado ao Estado signatário invocar posteriormente disposição do direito interno como justificativa para se escusar do cumprimento de tratado ao qual, em ato típico de soberania, ratificou.

[9] A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinada em 30 de março de 2007, na cidade de New York, e aprovada pelo Decreto Legislativo nº. 186/2008 é o único tratado internacional de direitos humanos incorporado no ordenamento jurídico brasileiro de acordo com o *quorum* qualificado exigido pelo art. 5º, § 3º da CF/88, equiparando-se, assim, às emendas constitucionais, constitui bloco de constitucionalidade, não sendo passível de denúncia.

[10] GOMES, 2009.

[11] “Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos”. (Ministro Celso de Mello – *Habeas Corpus* 87.585-8/TO).

[12] MELLO, 2001 *apud* GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 15.

[13] O RE nº. 466.343-1/SP questionava a impossibilidade da prisão civil por dívida, devido à aplicação do Pacto de San José da Costa Rica. Porém, o julgamento do referido Recurso Extraordinário reconheceu que o tratado internacional ora aludido produz efeito paralisante com relação às normas infraconstitucionais em sentido contrário, que permitem a prisão do depositário infiel (no caso em tela, paralisa o art.5º, inciso LXVII da CF/88, inserido pela Lei nº. 8866/94 – Lei do infiel depositário), devido à aplicação do art. 7º § 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), haja vista que os tratados de direitos humanos apresentam uma hierarquia especial, porquanto possuem *status* superior às leis infraconstitucionais, tais como, leis ordinárias e outros tratados internacionais, e *status* inferior à Constituição Federal (Cabe lembrar que existe a suspensão da norma

contrária e não a revogação, posto que o Tratado pode ser denunciado futuramente pelo Estado brasileiro, tendo em vista a sua soberania – art. 1º, inciso I, da CF/88). Desta feita, todas as regras atinentes a esse tipo de prisão, embora vigentes, estão suspensas e são inválidas. Logo, não há que se falar em inconstitucionalidade, pois tal regra segue o que dispõe o artigo 5.º, inciso LXVII da CF/88, mas sim na superioridade hierárquica de tais tratados em relação à legislação ordinária, que é a que “operacionaliza” e regulamenta esse tipo de prisão, culminando por torná-las inválidas. “O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”. (BRASIL, 2008). Sendo assim, um tratado internacional de direitos humanos, dotado de *status* supralegal, irradia efeito paralisante com relação a todo ordenamento infraconstitucional em sentido contrário.

[14] MAZZUOLI, 2011, p. 373.

[15] MENDES; COELHO; GONET BRANCO, 2007, p. 670-671 *apud* CARVALHO, 2011, p. 105.

COMENTÁRIOS AO POSICIONAMENTO DO STF SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA E INCONDICIONADA NA LEI MARIA DA PENHA

ARI DE ARAUJO ABREU FILHO: ESTUDANTE,
BACHARELADO EM DIREITO DA FACULDADE FARIAS
BRITO.

RESUMO: Este trabalho científico é dedicado ao enfrentamento de uma questão de incomensurável sensibilidade jurídica. A problemática abordada é: ‘a aplicabilidade da ação penal pública incondicionada nos casos de lesão corporal no âmbito da Lei Maria da Penha’. O texto constitucional reconhece a família como base da sociedade, por isso, essa instituição é detentora de proteção estatal. A intangibilidade do núcleo familiar por parte do Estado incentivou de forma indireta a criação de uma cultura de tolerância e aceitação tácita em relação à violência em ambiente doméstico em face das mulheres. No momento presente, esse tipo de violência já vitimou tantas mulheres que os índices apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE incentivaram o Poder Judiciário, o Legislativo e o Executivo a classificar esse fenômeno social como um problema de saúde pública. Afora essa realidade, até o ano de 2006, no Brasil não havia uma legislação específica com vistas a

combater a violência doméstica e familiar. Entretanto, naquele ano, o ordenamento jurídico foi inovado com a inserção da Lei n. 11.340, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha. Desde então, o Supremo Tribunal Federal – STF passou a receber inúmeras demandas questionando a constitucionalidade de alguns dispositivos da referida lei ordinária, mormente, no que toca à questão do tipo de ação penal cabível. O debate se dedica a criticar a inconstitucionalidade do artigo 41 da Lei n. 11.340/2006, uma vez que seu texto veda o processamento e o julgamento de crimes de menor potencial ofensivo envolvendo violência doméstica contra a mulher pelos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sem levar em consideração que esse tipo de competência é matéria de reserva constitucional, portanto não poderia ter sido afastada por lei ordinária. Enfim, toda essa polêmica será alvo deste estudo, que ainda demonstrará aos leitores uma construção histórica sobre as motivações para a criação de uma legislação protetiva de intenso rigor, os princípios constitucionais incidentes e a jurisprudência moderna emanada do STF.

Palavras – Chave: Lei Maria da Penha. Violência. Mulher.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 COMENTÁRIOS AO POSICIONAMENTO DO STF SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA E INCONDICIONADA NA LEI MARIA DA PENHA. 1.1 Fundamentos jurídicos justificadores das hipóteses de inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha. 1.1.1 A aplicabilidade da ação pública incondicionada na LMP. 1.2 Fundamentos jurídicos determinantes da constitucionalidade da Lei Maria da Penha. 1.3 Do posicionamento moderno e dominante do Supremo Tribunal Federal. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, acarretou considerável inovação no que toca à cultura de omissão legislativa e tolerância social em relação à violência doméstica e familiar suportada pelas mulheres ao longo da história.

A lei apontada expressa seus efeitos benéficos, principalmente, no seio familiar. No momento atual, a sociedade detém conhecimentos sobre os limites impostos ao relacionamento entre os membros de um clã. A força da figura masculina não intimida a eficácia da legislação em referência, uma vez que qualquer pessoa do povo pode denunciar o agressor.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo a intangibilidade no que concerne à proteção da célula familiar. Em razão disso, logo se constatou que dispositivos da Lei Maria da Penha acarretavam violação ao que estabelece a competência privativa da Lei dos Juizados Especiais – Lei n. 9.099/1995.

Dessa maneira, a usurpação da competência apontada impõe medidas mais gravosas ao agressor de menor potencial ofensivo, impondo seu afastamento do convívio do lar sem promover nem ao menos a tentativa de conciliação de forma a oportunizar a manutenção da integridade familiar.

De modo a solucionar a problemática sobre a constitucionalidade da aplicação da ação penal pública incondicionada nos crimes de lesão corporal no âmbito da Lei Maria da Penha, o Supremo Tribunal Federal se posicionou pela sua legalidade. Essa medida se deve ao reconhecimento de que a proteção da vida da mulher, em seu lar, foi considerada sobreposta a qualquer critério de legalidade.

Nesse passo, o objetivo deste trabalho monográfico é analisar a legalidade da Lei n. 11.340/2006, direcionada a questão do ilícito de lesão corporal. O objetivo específico é demonstrar propostas que contraditam a análise positiva da incidência da Lei Maria da Penha em âmbito doméstico e familiar.

Para a realização do estudo foi desenvolvida uma extensa pesquisa bibliográfica, fundamentada em obras jurídicas doutrinárias já publicadas sobre o assunto e também em decisões jurisprudenciais emanadas dos Tribunais Superiores pátrios. Segundo a abordagem qualitativa, há uma maior preocupação com o aprofundamento e a abrangência da compreensão do fenômeno social da violência doméstica e familiar em face das mulheres.

Iniciando o estudo colacionando comentários ao posicionamento do STF sobre a (in)constitucionalidade da ação penal pública e incondicionada na Lei Maria da Penha. Nesse momento, o estudo será voltado à avaliação dos fundamentos jurídicos justificadores das hipóteses de inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha; aos fundamentos jurídicos determinantes da constitucionalidade da Lei Maria da Penha; e ao posicionamento moderno e dominante do Supremo Tribunal Federal.

Com o escopo de subsidiar as constatações expostas ao longo do texto, foram citados inúmeros autores de notável conhecimento jurídico na seara de direito penal, dentre os quais ganham maior destaque: Maria Berenice Dias, Rogério Greco Filho, e Guilherme de Souza Nucci.

Enfim, a família como instituição pilar da sociedade é titular de proteção constitucional intangível, portanto a preservação do direito fundamental à convivência pacífica no lar deve ser garantida a todas as mulheres do Brasil sem violação as garantias legais.

1 COMENTÁRIOS AO POSICIONAMENTO DO STF SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA E INCONDICIONADA NA LEI MARIA DA PENHA

O artigo que se inicia tem por escopo realizar o arremate deste estudo, apresentando o posicionamento mais atual e abalizado emanado do Supremo Tribunal Federal sobre a temática em comento, a saber, ‘a aplicabilidade da ação da ação penal pública e incondicionada nos casos de lesão corporal leve no âmbito da Lei Maria da Penha – LMP’.

Oportuno se torna dizer que a matéria em análise foi alvo de intensas discussões traçadas por operadores do direito pertencente a diversas classes, perante a tribuna do Pretório Excelso, na oportunidade do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 4.424 e a Ação de Declaração de Constitucionalidade n. 19.

A referida ADC, ante a relevância da matéria, foi subsidiada por inúmeros *amici curiae*. Nesse rol de interessados, foram admitidos profissionais da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP; do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB; da Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero - THEMIS, o Instituto para a Promoção da Equidade 'IPÊ e o Instituto Antígona – organizações integrantes e representantes do Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher’;

O pleito pela participação formalizado pelas referidas instituições foi acolhido pelo STF, pois a aceitação da atuação dos chamados *amici curiae* e tem o condão de demonstrar a multidisciplinaridade de conhecimentos científicos e sociológicos a que esta aberta a Corte Suprema. A admissão de terceiros, geralmente, é manifestada por meio de relatórios sobre a temática abordada no mérito ou via sustentação oral.

A legitimidade para a propositura desta ADC foi a oscilação constante da jurisprudência de julgados que ecoavam sem conteúdo jurídico linear, manifestações múltiplas sobre a constitucionalidade e inconstitucionalidade de artigos específicos integrante da LMP, mais precisamente, artigos 16 e 41 do diploma legal em comento.

Concomitantemente, o STF optou por julgar a ADI n. 4.244 que tratava da mesma matéria, contudo, esta ação, diferente da ADC n. 19, objetivava a declaração da inconstitucionalidade dos artigos apontados. No intuito de conceder a harmonia jurisprudência na forma da interpretação conforma a Lei Básica da República, o Pretório Excelso se posicionou pela constitucionalidade da norma questionada em detrimento do que determina a reserva constitucional de competência exposta na redação do artigo 98 do texto constitucional.

O julgamento conexo dos referidos remédios constitucionais é justificada pela origem e a razão de mérito de que tratam suas essências. A insegurança jurídica não pode se fazer presente nas decisões judiciais, pois esse posicionamento não se coaduna com os ares democráticos que norteiam a Magna Carta de 1988, não poderá haver menosprezo a organicidade do direito.

O resultado das contendas ora informados trouxeram a lume a profícua conclusão de que, embora haja possibilidade da ocorrência de abuso de direito no que toca à redação infraconstitucional da Lei n. 11.340/2006, a relevância social da matéria e a primazia da realidade da violência doméstica e familiar, no Brasil, obrigaram o legislador a criar uma lei para incidir de forma a conceder eficácia à sua proposta de prevenção e repressão à violência doméstica e familiar.

A possível ocorrência de abuso de direito ou demais irregularidades, no momento da aplicabilidade da lei, deve ser analisada de forma individual, respeitando os contornos peculiares de cada caso concreto. Deste modo, seguem explanados os aspectos pontuais dos principais julgamentos relacionados à Lei Maria da Penha.

1.1 Fundamentos jurídicos justificadores das hipóteses de inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha

Ab initio, cabe destacar a articulação da inconstitucionalidade do artigo 41 da LMP, no toca à vedação a aplicação dos ditames que integram o bojo da Lei n. 9.099/95, que versa sobre a competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – JECC. O referido artigo da lei

específica de proteção à mulher e da família também impede a incidência do artigo 21 da Lei das Contravenções Penais – DL n. 3.688/41 – LCP. Observe-se:

Lei n. 11.340/2006 – Lei Maria da Penha

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Decreto lei n. 3.688/1941 – Lei das Contravenções Penais

Art. 21. Praticar vias de fato contra alguém:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis, se o fato não constitui crime.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos.

Contudo, vale ressaltar que o discurso que ora se segue não guarda nenhuma pretensão de concordar ou incentivar qualquer forma de agressão dentro ou fora do seio familiar. Existem fundamentos jurídicos robustos e aptos a questionar o contrassenso existente entre os artigos retro mencionados.

A Lei n. 11.340/2006 abriga, em seu bojo, regras extremamente salutares em relação à criação de medidas protetivas destinadas à mulher e incidentes sobre o agressor, no intuito de coibir esse tipo de prática reprovável. Tais regras repercutiram positivamente na sociedade, pois o número de denúncias sofreu considerável crescimento em detrimento do decréscimo da violência nos lares.

Essas restrições são resultantes da estratificação de legislações alienígenas dedicadas à proteção de gênero. Neste caso específico, é destacado o direito norte-americano, que previu antecipadamente as medidas protetivas similares às adotadas atualmente pela LMP no Brasil.

Entretanto, apesar das benesses legais, é preciso que sejam destacados 03 (três) pontos fulcrais, quais sejam: a desconformidade constitucional do artigo 41 da Lei Maria da Penha no que tange à vedação da aplicação da Lei n. 9.099/95; a possível violação de

competência constitucional de matéria reservada aos juizados JECC; e a dispensa de representação da vítima.

A inaplicabilidade da Lei n. 9.099/95 afasta a incidência dos benefícios dos institutos despenalizadores ou descarcerizadores que, atualmente, são tendências no país. Prova disso, é a Lei de Fiança n. 12.403/2011 que inseriu, no ordenamento legal, inúmeras sanções alternativas à prisão.

A insurgência quanto à violação da competência absoluta em razão da matéria reservada aos JECC funda-se na menção do que expõe o artigo 98, inciso I, da Carta Federativa. Observe-se:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (Grifou-se).

Adentrando a um aspecto mais fático, ainda que haja o enquadramento da conduta como lesão corporal de natureza leve, no momento em que o artigo 41 da LMP trata de ‘crimes’, seu conteúdo deveria suportar interpretação extensiva para que a conduta do agente do delito fosse enquadrada no que dita o artigo 42 da LCP.

O constituinte delegou ao legislador a tarefa de fixar os critérios determinantes de identificação de crimes de menor potencial ofensivo. Atendendo a essa disposição, a Lei n. 9.099/95 determinou que integrasse essa categoria crimes em que a pena máxima não superasse o limite de 02 (dois) anos. Note-se: “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.

No caso específico de lesão corporal de natureza leve não há porque desprezar a incidência do procedimento aplicado a infrações de menor potencial ofensivo com a possibilidade de transação penal e o

juízo por turmas recursais. Vale destacar que não são abordadas as lesões corporais de natureza média ou grave, pois tais matérias não englobam a alçada dos JECC.

Retomando o ponto fulcral da análise, a matéria principal sobrevém em razão de a LMP excluir a competência dos JECC, isso porque a Carta da República fixa uma série de competências funcionais de caráter absoluto que não devem, ao menos em regra, ser afastadas por Lei ordinária.

O terceiro argumento é detentor de densa plausibilidade jurídica, pois trata da questão da desnecessidade de representação da vítima, uma vez que a ação pública é incondicionada, portanto de titularidade do representante do membro do Ministério Público. Essa norma é tida como paradoxal, uma vez que a outras classes consideradas vulneráveis, como crianças, adolescentes e idosos, a Lei n. 9.099/95 é perfeitamente aplicável.

Não se pode olvidar que a implicância fática negativa da ação penal incondicionada na vida do agressor se estende à entidade familiar, pois poderá haver intervenção estatal no lar doméstico; o desfazimento definitivo dos vínculos matrimoniais ou de afinidade existente entre os parceiros; a ausência do chefe da família na convivência com a prole; o desequilíbrio econômico das contas domésticas; o impedimento de reconciliação em razão da imposição de medida de afastamento; a utilização da lei como forma de vingança motivada pela insatisfação feminina decorrente do fim de relacionamento amoroso; a condenação indesejada do agressor, dentre outros.

1.1.1 A aplicabilidade da ação pública incondicionada na LMP

Em que pese todas as teses de inconstitucionalidade anteriormente narradas, em decisão oriunda do pleno, o Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento do *habeas corpus* n. 106.212, julgou como constitucional os preceitos abalizados pelo artigo 41 da LMP, nos termos que seguem delineados:

HC 106212 / MS - MATO GROSSO DO SUL. HABEAS CORPUS. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 24/03/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. PUBLIC 13-06-2011. Ementa: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do

artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher.

Revalidando o posicionamento anterior, a recente decisão do STF, na ADI n. 4.424, considerou constitucional a propositura de ação penal incondicionada para os casos de lesão corporal leve envolvendo violência doméstica e familiar, mas existem correntes doutrinárias discordantes desse posicionamento.

A doutrina minoritária considera que é preciso considerar a possibilidade da vítima retirar a queixa em razão da preservação do nicho doméstico, uma vez que a família é detentora de especial proteção do Estado.

As relações familiares se constituem a partir de vínculos afetivos ou sanguíneos que constroem as relações de amor, cuidado e confiança que devem se fazer presente em um lar. A condição de ser humano impõe ao homem o critério da falibilidade, ou seja, a faculdade de errar e o direito de aprender com os próprios erros. As relações amorosas, notadamente, são eivadas de sentimentos de aparência distinta do amor, a título de exemplo é possível mencionar o ciúme, a raiva e a possessividade. Relações humanas conturbadas, por vezes, resultam em agressões de natureza física, psicológica, moral, sexual e patrimonial.

No que toca ao patrimônio, nesses casos, nem sempre sobrevém o interesse pessoal nos bens, esse tipo de violência pode ser usado como uma forma de constranger a liberdade da vítima. Esse comportamento é entendido pelo agressor como uma demonstração de amor ou a comprovação de seu verdadeiro interesse em ter a vítima ao seu lado.

Não se pode olvidar que, em grande parte dos casos de violência doméstica e familiar, ultrapassada a fase crítica da violência, ocorre o

arrependimento sincero do agressor seguido do perdão da vítima, que para preservar os laços de amor existente entre ambos e a família constituída, prefere não levar adiante os procedimentos processuais criminais.

Não há razoabilidade em impelir a vítima a dar continuidade a uma ação penal, uma vez que não subsistam motivos fáticos para tanto, ou seja, na hipótese em que a família foi reconstituída. Ante o exposto, o caráter incondicional da ação penal no âmbito da LMP ocasiona prejuízos incomensuráveis às relações familiares, à harmonização doméstica que intervém no desenvolvimento da prole e impõe a sensação de temor por conta de uma possível penalização criminal.

Como é de sabença, a sociedade brasileira é extremamente preconceituosa em relação a condenados pela justiça, a marca da marginalização impede o acesso ao mercado de trabalho, pois a folha de antecedentes criminais é um dos documentos exigidos no momento da contratação. De mais a mais, tem-se também o preconceito direcionado à prole, pois como ensina o velho ditado anacrônico: 'filho de peixe, peixinho é'.

Outro ponto merecedor de crítica é a possibilidade de a denúncia partir de qualquer do povo, enquanto que buscar o auxílio da polícia e da justiça deveria ser uma faculdade reservada exclusivamente à vontade da vítima. Não se quer aqui defender a tese de que a LMP é desnecessária ao apaziguamento das relações domésticas e familiares, o que se pretende é dizer que o rigor exacerbado é capaz de destruir um lar, de prejudicar o bom desenvolvimento dos filhos, e de atingir a proteção intangível constitucional destinada à família.

1.2 Fundamentos jurídicos determinantes da constitucionalidade da Lei Maria da Penha

Em contrariedade a maioria dos países integrantes da América Latina, o Brasil, até o ano de 2006, não contemplou em seu ordenamento jurídico medidas específicas de combate à violência doméstica e familiar. A tolerância em relação à violência de gênero era considerada por grande parte de juristas e doutrinadores como uma herança cultural atávica, entretanto maligna, incidente em uma esfera que o legislador ainda não havia ousado tocar, a saber, o seio doméstico.

A omissão legislativa específica em relação à violência doméstica e familiar em face da mulher foi, por um longo lapso temporal, travestida

de sutileza estatal no que toca ao tratamento reservado à preservação e à intangibilidade do que dita o *caput* do artigo 226 da Lei Maior. Leia-se: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Como visto, a partir do ano de 1995, a violência contra a mulher, enquadrada nos moldes dos crimes de menor potencial ofensivo, deveria ser processada e julgada pelos JECC. No entanto, após uma década, constatou-se que aproximadamente 70% (setenta) por cento dos casos que envolviam mulheres em situação de violência familiar se traduziam em lesões corporais leves de competência dos JECC, órgão jurisdicional inerte ao combate da problemática em questão.

Contudo, desde aquela época, o Brasil já era signatário da Convenção de Belém do Pará, primeiro diploma internacional de direitos humanos a reconhecer que a violência contra a mulher é um fenômeno generalizado que transcende a todos os setores da sociedade, independente de grupos étnicos, escolaridade, classe social, religião etc.

A referida convenção foi assinada no Brasil em 1994, sendo internalizada no ano de 1995. Em seu artigo 7º foi prevista a necessidade de se incluir no ordenamento normativo interno regras penais, civis e administrativas direcionadas a prevenir, sancionar e erradicar a violência contra a mulher. Observe-se:

DEVERES DOS ESTADOS

Artigo 7 – Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

- a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
- b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a

violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;

e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;

f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;

g. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;

h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

A dita convenção determinou, ainda, a possibilidade de alteração na legislação e em práticas jurídicas ou costumeiras que, eventualmente, viessem a prejudicar o êxito de sua finalidade de intolerância à violência contra a mulher. É válido lembrar que os JECC, em relação à violência contra a mulher, adotavam um posicionamento de absoluta leniência em razão de suas competências institucionais que prezam pela conciliação e pela possibilidade de transação penal, ou seja, não há formas eficazes de punir ou inibir o comportamento do agressor.

Portanto, a imposição de competência para processar e julgar processos criminais de violência doméstica e familiar delegada a JECC foi uma experiência vazia de êxito neste país. Em grande parte das ações, o homem restava livre de pena ou apenas lhe era atribuída sanção de natureza financeira. Por vezes, os condenados compeliam a vítima a

quitar a obrigação imposta em sentença, bem como retomava a rotina de agressões.

Dessa forma, a mulher acabava por ser vitimizada duas vezes, primeiro de forma física e psicológica por seu parceiro; segundo, pelo Estado, no momento em que era constrangida a enfrentar procedimentos judiciais ineficazes à sua proteção, e, quiçá, incentivadores do seu calvário de sofrimento, angústia e dor.

Em 2006, finalmente adveio a LMP, após a Organização dos Estados Americanos – OEA reconhecer que a violência doméstica e familiar, no Brasil, é decorrência de uma cultura de tolerância social, ineficácia da ação judicial perante os JECC e omissão estatal.

Em face disso, a Constituição Federal de 1988 criou apenas uma cláusula de organização judiciária onde foi imposta a criação de JECC para processar e julgar crimes de menor potencial ofensivo. No entanto, a LMP diz de forma expressa que as infrações penais em se tratando de hipótese de violência doméstica e familiar não se enquadram na Lei n. 9.099/95, porquanto não podem ser inseridas no rol de crimes de menor potencial ofensivo.

A OEA impôs ao Brasil a obrigatoriedade de inovação do ordenamento jurídico pátrio de forma a exaurir a aplicação do direito penal mínimo aos casos de violência contra as mulheres. Esses fatores alinhados fortaleceram a criação de uma lei penal específica e eficaz para realmente combater a problemática por meio de investigação específica capaz de conduzir a propositura de uma ação penal consistente, com o fito de garantir uma sanção e o dever de reparação aos infratores.

Demais disso, a OEA concluiu que para inovar a cultura tolerante do Brasil, somente uma lei rígida seria capaz de inovar o pensamento social, bem como estancar o quadro aberrante de violência denunciado pelos índices emitidos após pesquisas realizadas pelo IBGE.

A LMP não deve ser considerada como uma norma violadora do princípio da isonomia constitucional, uma vez que seu conteúdo se dedica a atender à máxima jurídica idealizada por Rui Barbosa e parafraseada por Bastos (1978, p. 226): “tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”. Ante o problema, considerar que o tratamento entre homens e mulheres, em relação às questões de violência doméstica e familiar, deve ser isonômico não consiste em uma igualdade real, mas em uma desigualdade flagrante.

Pari passu com discriminação positiva, também chamada de indireta ou ostensiva, existe também a discriminação indireta ou ostensiva que incide nas situações em que são exigidos tratamentos diferenciados em razão de circunstâncias singulares que ceifam o gozo dos direitos fundamentais. (MENDES, 2009, p. 325 – 326).

A discriminação positiva está diretamente relacionada à teoria dos impactos desproporcionais. Sobre a referida teoria, a Suprema Corte Americana versa que: “em face de uma medida legislativa aparentemente anódina ou indiferente a questão de gênero ou raça, essa lei deve ser declarada inconstitucional por incidir em uma discriminação se vier a causar impactos desproporcionais a um determinado segmento da sociedade”. (Manifestação de Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, Vice Procuradora Geral da República – Pleno STF – ADI n. 4.424).

Nas lições de Barbosa (2001, p. 24), tem-se que a teoria do impacto social deve ser compreendida a partir da ideia de que:

Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de Pessoas.

Nessa toada, destacam-se os ditames prescritos no inciso XLI, do artigo 5º, da Lei Fundamental da República. Note-se: “Art. 5º [...], inciso XLI – A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Ante a esse normativo, vale destacar que conviver em paz e em segurança dentro do próprio lar se afirma como um direito fundamental inerente a todas as mulheres.

Desta feita, não se encontra motivação legal razoável a fim de admitir interpretação judicial que viole à referenciada regra constitucional. Portanto, impor o dever de representação por parte da vítima pode ser exigência equiparada à violação do preceito retromencionado (Art. 5º, XLI, CF/1988).

O Mestre Cançado Trindade, demonstrando intensa sensibilidade no que toca a situações de violência, infere que deve prevalecer o que determina o ‘princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas’. A proteção da mulher é tema demasiadamente debatido e integrante de inúmeros tratados de Direitos Humanos, que quando ratificados pelo Brasil ganham status de norma constitucional.

Demais disso, a LMP não causa impactos desproporcionais a determinados seguimentos da sociedade, sua finalidade é restrita ao combate da violência em âmbito doméstico e familiar, essa função social por si já impõe a legitimidade da não ultrapassagem dos limites constitucionais, uma vez que, fazendo uso da hermenêutica, é possível dizer que a referida lei tutela o direito ao exercício da liberdade constitucional de dispor de uma experiência de vida cingida pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

1.3 Do posicionamento moderno e dominante do Supremo Tribunal Federal

O julgamento da ADI n. 4.424^[1] conclamou a opinião individualizada de cada um dos ministros que compõem a Suprema Corte, a única divergência quanto à constitucionalidade questionada foi de autoria do Ministro Cezar Peluso. Os demais Ministros votaram de forma uníssona pela constitucionalidade da propositura de ação penal incondicionada na forma que segue delineada:

Ministra Rosa Weber – Tal condicionamento implicaria privar a vítima de proteção satisfatória à sua saúde e segurança”, disse. [...] É necessário fixar que aos crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95). Dessa forma, crime de lesão corporal leve, quando praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, processa-se mediante ação penal pública incondicionada.

Ministro Luiz Fux – Não é razoável exigir-se da mulher que apresente queixa contra o companheiro num momento de total fragilidade emocional em razão da violência que sofreu. Sob o ângulo da tutela da dignidade da pessoa humana, que é um

dos pilares da República Federativa do Brasil, exigir a necessidade da representação, no meu modo de ver, revela-se um obstáculo à efetivação desse direito fundamental porquanto a proteção resta incompleta e deficiente, mercê de revelar subjacente uma violência simbólica e uma afronta a essa cláusula pétrea.

Ministro Dias Toffoli – O Estado é “partícipe” da promoção da dignidade da pessoa humana, independentemente de sexo, raça e opções, conforme prevê a Constituição Federal. Assim, fundamentando seu voto no artigo 226, parágrafo 8º [...].

Como visto, a maioria dos ministros que compõe a Suprema Corte se manifestaram no sentido de que é legítima a intervenção do Estado no seio familiar se a motivação for preservar a integridade física e psicológica da vítima de violência doméstica e familiar. Dando continuidade a apresentação dos votos que julgaram procedente a ADI n. 4.424, seguem mais alguns posicionamentos:

Ministra Cármen Lúcia – É dever do Estado adentrar ao recinto das “quatro paredes” quando na relação conjugal que se desenrola ali houver violência. [...] A interpretação que agora se oferece para conformar a norma à Constituição me parece basear-se exatamente na proteção maior à mulher e na possibilidade, portanto, de se dar cobro à efetividade da obrigação do Estado de coibir qualquer violência doméstica. E isso que hoje se fala, com certo eufemismo e com certo cuidado, de que nós somos mais vulneráveis, não é bem assim. Na verdade, as mulheres não são vulneráveis, mas sim maltratadas, são mulheres sofridas.

Ministro Ricardo Lewandowski – Penso que estamos diante de um fenômeno psicológico e jurídico, que os juristas denominam de vício da vontade, e que é conhecido e estudado desde os antigos romanos. As mulheres, como está

demonstrado estatisticamente, não representam criminalmente contra o companheiro ou marido em razão da permanente coação moral e física que sofrem e que inibe a sua livre manifestação da vontade.

Além de concordar com imposição da ação penal pública incondicionada para os casos de violência doméstica e familiar, o Ministro Gilmar Mendes destacou a constitucionalidade dessa imposição legal. Veja-se:

Ministro Gilmar Mendes – Em muitos casos a ação penal incondicionada poderá ser um elemento de tensão e desagregação familiar. Mas como estamos aqui fixando uma interpretação que, eventualmente, declarando (a norma) constitucional, poderemos rever, diante inclusive de fatos, vou acompanhar o relator.

O referido Ministro teve seu posicionamento referendado pelos demais, salvo o Ministro Cezar Peluso. Leia-se:

Ministro Joaquim Barbosa – A Constituição Federal trata de certos grupos sociais ao reconhecer que eles estão em situação de vulnerabilidade. O legislador, em benefício desses grupos, edita uma lei que acaba se revelando ineficiente, é dever do Supremo, levando em consideração dados sociais, rever as políticas no sentido da proteção.

Ministro Ayres Britto – Em um contexto patriarcal e machista, a mulher agredida tende a condescender com o agressor. A proposta do relator no sentido de afastar a obrigatoriedade da representação da agredida como condição de propositura da ação penal pública me parece rimar com a Constituição.

Ministro Celso de Mello – Estamos interpretando a lei segundo a Constituição e, sob esse aspecto, o ministro-relator deixou claramente estabelecido o significado da exclusão dos atos de violência doméstica e familiar contra a mulher do

âmbito normativo da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), com todas as consequências, não apenas no plano processual, mas também no plano material. A Lei Maria da Penha é tão importante que, como foi salientado durante o julgamento, é fundamental que se dê atenção ao artigo 226, parágrafo 8º, da Constituição Federal, que prevê a prevenção da violência doméstica e familiar pelo Estado. (*Grifou-se*).

O discurso apaixonado apresentado no voto da maioria dos Ministros parece menosprezar o vínculo mais profundo e íntimo que origina uma relação familiar, a saber, o amor existente entre vítima e agressor. Nem sempre a figura do agressor deve ser vista como monstruosa, pois aqui se trata exclusivamente de lesão de menor potencial ofensivo, isto é, não concretiza um grau de violência capaz de vilipendiar a incolumidade física, psicológica, moral, sexual e patrimonial da mulher. O ministro discordante da tese defendida pelos demais reconhece a valoração do vínculo familiar supramencionado, posicionando-se da seguinte forma:

Ministro Cezar Peluso – Advertiu sobre os riscos que a decisão de hoje pode causar na sociedade brasileira porque não é apenas a doutrina jurídica que se encontra dividida quanto ao alcance da Lei Maria da Penha. Citando estudos de várias associações da sociedade civil e também do IPEA, apontou as conclusões acerca de uma eventual conveniência de se permitir que os crimes cometidos no âmbito da lei sejam processados e julgados pelos Juizados Especiais, em razão da maior celeridade de suas decisões.

A celeridade processual destacada pelo referido Ministro é um dos instrumentos de combate à violência doméstica e familiar. Ademais, a celeridade é detentora de incomensurável valor jurídico, uma vez que foi introduzida no rol dos direitos fundamentais por meio da Emenda Constitucional n. 45, desde o ano de 2004.

O ordenamento legal pátrio aliado à jurisprudência dominante, ao elegerem a ação pública incondicionada para os casos de violência em

ambiente doméstico e familiar, apresentam argumentação que viola a constituição familiar. No entanto, a Lei n. 9.099/95 também não se mostrou apta a solucionar a problemática.

A verdade é que somente o Poder Legislativo poderá solucionar a questão em comento com a inovação do ordenamento jurídico para inserir no rol da LMP uma norma mais severa que a adotada no JECC e menos rígida que a jurisprudência moderna emanada do STF.

CONCLUSÃO

Não se pode olvidar as benesses legais advindas ao ordenamento jurídico e à convivência social e familiar - em relação ao respeito à integridade física, moral, psicológica, sexual e patrimonial das mulheres em seus lares - desde a vigência da Lei n. 11.340/2006.

Entretanto, faz-se imperioso destacar que a tutela destinada à mulher promoveu a violação de competência da Lei n. 9.099/95, no que toca ao processamento e julgamento de crimes de menor potencial ofensivo. Dessa maneira, a questão foi levada à análise da Suprema Corte que se posicionou pela legalidade da usurpação da competência legal anteriormente fixada pela Lei dos Juizados Especiais.

A Corte Suprema determinou que independente do ilícito, caso este seja praticado em âmbito doméstico e familiar em face da mulher, a competência pertence à justiça especializada, a saber, os Juizados Especializados de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres.

Embora, a proteção da vida da mulher em seu lar seja um valor que se sobrepõe a eventuais debates sobre competência para o processamento e julgamento de ações, pode ser dito que a consideração da legalidade questionada também se contrapõe à tutela constitucional da família, considerada pelo texto magno como base da sociedade.

Isso ocorre porque o agressor, geralmente o chefe da família, é afastado do lar e da convivência dos filhos, quebrando o seu direito a convivência familiar. Em muitos casos, os casais que se desentenderam outrora decidem por retomar a relação, mas são impedidos por conta de medidas protetivas que ensejam à prisão do agressor que desrespeitar a distância mínima a ser mantida do local onde se encontra a vítima.

Considerando a gravidade dessa realidade, os legisladores poderiam ter tratado da matéria de forma mais flexível, mas essa vertente não se concretizou. Destarte, o rigor trazido pela Lei Maria da Penha protege

vidas, mas é passível de desfazer a integridade do núcleo familiar contrariando os preceitos constitucionais.

A aplicação mais razoável da legislação comentada poderia ter destinado um tratamento mais brando aos casos em que o magistrado entendesse como viável a preservação da integridade da família. A maturidade do julgador, aliada ao seu livre convencimento e ao subsídio provindo de laudos periciais, poderiam auxiliar imposição de sanção menos grave e não impedir a presença do agressor no lar.

Certamente, tal posicionamento seria mais razoável que a aplicação fática moderna da legislação em debate. Dessa maneira, a inviolabilidade familiar prevista no texto constitucional seria respeitada e inúmeras famílias poderiam ser restauradas na forma da lei.

Não obstante este posicionamento não coadunar com a jurisprudência dominante, bom é que se diga que, em momento algum, foi pretendido corroborar com qualquer tipo de apoio a violência em face da mulher em âmbito doméstico e familiar. Vale destacar que o Estado Democrático de Direito somente se afirma quando é respeitada a pluralidade de opiniões de seus compatriotas.

Manter posicionamento contrário ao que dita o Tribunal Constitucional pátrio é um desafio para os estudiosos da ciência jurídica, o que torna o estudo mais instigante e materializa a tolerância à diversidade de pensamentos ensinada pelo mestre Rui Barbosa, a saber: “embora não concorde com nenhuma das palavras que estais dizendo, hei de lutar até a morte para que tenhais o direito de as dizer”.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Joaquim Benedito. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <www.presidencia republica.org.br/legislacao>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Lei n. 11.340**, de 23, de agosto de 2006. Disponível em: <www.presidencia republica.gov.br>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Lei n. 12.015**, de 07, de agosto de 2009. Disponível em: <www.presidencia republica.gov.br>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Lei n. 12.403**, de 04, de maio de 2011. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Lei n. 9.099**, de 26, de setembro de 1995. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Lei n. 13.925**, de 06, de setembro de 2007. Lei de drogas. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/institucional/comissao_lei_maria_da_penha.asp>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Decreto Lei n. 3.689**, 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Decreto Lei n. 3.688**, 21 de junho de 1941. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. **Emenda Constitucional n. 45/04**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=92006>. Acesso em: 01 mar. 2014.

_____. (STF) Súmula n. 608. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0608.htm>. Acesso em: 02 fev. 2014.

_____. (STF) ADI n. 4.424. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3897992>>. Acesso: 01 fev. 2014.

_____. (STF) ADC n. 19. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3000087>>. Acesso: 01 fev. 2014.

_____. (STF) HC n. 106.212. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+106212%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+106212%2EACMS%2E%29&base=baseAco rdaos&url=http://tinyurl.com/c5grvpn>>. Acesso: 01 fev. 2014.

_____. (STF) Supremo julga precedente ação da PGR sobre Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

_____. (IBGE). Característica dos registros de violência relatados a Central de Atendimento – Ligue 180 – Brasil. Disponível em:

<<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/2185527900054.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direito Internacional e direito interno: sua interação: sua interação na proteção dos direitos humanos** (especialmente item VIII). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2014.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Justiça criminal consensual. MPF.** Disponível em: <http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2014.

CASTILHO, Ricardo. **Sinopses Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHAUÍ, Marilena. **Participando do debate sobre mulher e violência. In: Perspectivas antropológicas da mulher**. Rio de Janeiro: Zahar Editores S.A., 1999.

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher: Convenção de Belém do Pará. Brasília, 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 09 fev. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Família Homoafetiva**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/28_-_fam%EDlia_homoafetiva.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2015.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi... posso contar**. Fortaleza: edição do autor, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO FILHO, Rogério. **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OSTERNE, Maria do Socorro Ferreira; FROTA, Maria Helena de Paula. **Relação de gênero e violência**. Apostila do Observatório de Políticas Públicas do Programa de Pós-graduação Políticas Públicas e Sociedade da Universidade Estadual do Ceará, jun. 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOTA:

[1] Supremo julga procedente ação da PGR sobre Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

MULHERES E O PODER: COMPREENDENDO A DINÂMICA DA DOMINAÇÃO

LORRANE FERNANDES DE SENA: Estudante de graduação em Direito na Universidade de Brasília - UnB.

RESUMO: O Presente artigo é o relatório final de pesquisa PROIC realizada em 2010-2011, é o primeiro grato contato de uma graduanda com o vasto mundo da pesquisa jurídica. Portanto tem a intenção de ser o despertamento para a vida acadêmica, o relato de um ano de pesquisa compilado em um artigo. Não tem a pretensão portanto de esgotar o assunto nem mesmo trazer grandes inovações, contudo, no presente artigo será possível encontrar uma interessante análise sobre o papel da Mulher na Sociedade, o poder que ela exerce, as dominações exercidas sobre ela e como entender e encarar esta questão de gênero. O trabalho traz uma interdisciplinaridade marcante, possibilitando o diálogo entre teses de historiadores, sociólogos, juristas e filósofos sem porém deixa de trazer este diálogo para a realidade prática e atual do estado social feminino.

Palavras-chave: Mulheres, Dominação, Poder, Empoderamento, Igualdade, Discriminação, Gênero, Charles Taylor, Outsider, Violência,

Família, Violência Doméstica, Opressão, Dominação Masculina, Reconhecimento, Articulação, Preconceito, Políticas.

1. Introdução

"Eu gostaria muito que os pais e as mães das meninas pudessem olhar hoje nos olhos delas e dizer: sim, a mulher pode." A frase proferida pela atual Presidenta da República Federativa do Brasil, Dilma Rousseff, quando de sua vitória nas urnas em 2010, carrega consigo uma triste constatação: hoje a mulher tem sim grande potencial enquanto ser humano nas mais diversas áreas, porém não tem poder para exercer com efetividade seus objetivos e potenciais. Somos hoje munidas de igualdade formal perante a lei e os meios jurídicos, todavia ainda estamos longe de alcançarmos uma efetiva igualdade material, e igualdade diante do olhar familiar, profissional e da sociedade.

Devido aos movimentos feministas que eclodiram durante o século XX muitos avanços foram conquistados pelo gênero feminino, entretanto tais avanços geraram em certa medida um comodismo no pensamento contemporâneo de que homem e mulheres andam lado a lado na sociedade, este mito pode ser facilmente refutado ao observar com cautela dados estatísticos que mostram como ainda faltam importantes passos a serem dados a fim de alcançar não apenas a emancipação da mulher, mas da própria sociedade.

Em 2009, 41 mil mulheres foram vítimas de violência doméstica, resultando em 10,2% dos atendimentos policiais. Já escolaridade das mulheres é superior à masculina, em 2008, 59,9% delas possuíam 11 anos ou mais de estudo, contra 51,9% deles; todavia, elas recebem 60% do rendimento salarial masculino.^[1] Tais números do IBGE mostram que as mulheres ainda figuram numa posição socialmente inferior diante do mercado de trabalho e do ambiente doméstico, um claro exemplo do domínio da visão paradigmática tradicionalista.

No meio político a realidade não é diferente, mesmo com o regime de cotas nas eleições, os partidos brasileiros tem por obrigatoriedade lançar 30% de mulheres do total de candidatos, porém, mesmo assim, poucas conseguem ser eleitas. Com as eleições de 2010, dos 513 deputados federais, apenas 45 são mulheres, sendo assim 8,7% de mulheres no parlamento brasileiro, no senado este número é de 12,5%, números muito abaixo da média mundial que gira em torno de

19,5%; aliás, os números brasileiros assemelham-se aos dos Países Árabes onde 11,4%^[2] das câmaras são ocupadas por mulheres. Interessante é notar que nesses países tomados por rédeas muçulmanas esses números já são esperados devido a dinâmica social e cultural destes países, todavia não há justificativas aparentes para tais índices em países democráticos e que dizem ter como princípios a liberdade e a igualdade como o Brasil. As burcas das mulheres árabes, como símbolo opressor da dominação masculina, são facilmente retirados com a mão, contudo o mesmo não se pode dizer de nós ocidentais. Onde estão as nossas burcas?

Diante das evidências dessa segregação de gênero que persiste mesmo em sociedades ditas contemporâneas, surgiu uma motivação e inquietação pessoal em tentar compreender o porquê de lamentável realidade, e ainda, a partir de tal entendimento, poder vislumbrar caminhos que possibilitem projetar a mulher para um futuro próximo, quando então poderemos falar em verdadeira emancipação feminina. O objetivo desta pesquisa é buscar as raízes da ainda presente diferença social de gênero, suas justificativas, dinâmica e estrutura, compreendendo assim as relações de poder em que a mulher está inserida, especialmente no campo social brasileiro. Através da Filosofia, História, Sociologia e Direito este trabalho visa entender a necessidade das políticas de ação afirmativa destinado às mulheres, gerando base teórica para futuras ações.

2. Metodologia

A princípio os meios pelo qual foi idealizada a presente pesquisa, incluíam pesquisas teóricas e empíricas. Todavia, à medida que as perspectivas teóricas foram sendo aprofundadas e ampliadas, ficou evidente que por mais elaborada e perspicaz que fosse uma pesquisa empírica, realizada por nós mesmos, ela acabaria por reduzir e generalizar a realidade, correndo o risco de inclusive traduzir erroneamente falsos resultados, comprometendo todo o estudo.

Um esboço de questionário a ser aplicado às mulheres das mais diferentes classes sociais e idades, chegou mesmo a ser realizado. Porém como toda pesquisa, o pesquisador faz a princípio uma ideia do que irá encontrar ao pensar o problema teórico, mas ao mergulhar no universo que abrange seus estudos descobre um horizonte muito mais vasto que aquele que imaginara. Obviamente, tal questionário idealizado

não conseguiria revelar as respostas para as questões levantadas; primeiramente por um problema de amostragem; nosso campo de pesquisa são as mulheres como um todo e as relações de poder provenientes do gênero feminino, não conseguiríamos assim amostras suficientemente significativas, que representassem com pouca margem de erro a situação presente das brasileiras.

Por isso, adotamos dados empíricos já existentes e consistentes como aqueles reconhecidamente publicados pela ONU mulheres, IBGE, e Observatório de Gênero; foi então possível traçar um mapa da realidade vivida pelas mulheres, notadamente as ocidentais. E a fim de interpretar esses dados, correlacioná-los e compreender não só as raízes da dominação masculina como também entender sua dinâmica para então encontrar um meio de emancipação deste núcleo de poder ilegítimo; foi que se buscou as lentes de teóricos como Pierre Bourdieu, Michel Foucault, Norbert Elias, Jessé Souza, Enrique Dussel, Charles Taylor, dentre outros. E assim, convergiram-se as perspectivas da Sociologia, Filosofia, História e Direito para uma compreensão desta totalidade. Tais teorias e estudos juntos serviram como linhas que incorporam um longo tecido, inter cruzando-se tais noções teóricas gera-se um novo olhar sobre a realidade; só então com este aparato teórico foi possível avaliar as atuais políticas de ação afirmativa e prospectar a necessidade de novas.

3. Duas faces, uma violência.

Essa moça Tá Diferente

Essa moça tá diferente
Já não me conhece mais
Está pra lá de pra frente
Esta me passando pra trás
Essa moça tá decidida
A se supermodernizar
Ela só samba escondida
Que é pra ninguém reparar
Eu cultivo rosas e rimas
Achando que é muito bom
Ela me olha de cima
E vai desinventar o som
Faço-lhe um concerto de flauta

E não lhe desperto emoção
Ela quer ver o astronauta
Descer da televisão
Mas o tempo vai
Mas o tempo vem
Ela me desfaz
Mas o que é que tem
Que ela só me guarda despeito
Que ela só me guarda desdém
Mas o tempo vai
Mas o tempo vem
Ela me desfaz
Mas o que é que tem
Se do lado esquerdo do peito
No fundo, ela me quer bem
Essa moça tá diferente
Essa moça é a tal da janela
Que eu me cansei de cantar
E agora está só na dela
Botando só pra quebrar
Mas o tempo vai

Chico Buarque

Desculpa-me a ternura

Estremece-me pensar que estás aí
Não forma de trabalho desigual
Nem vida à pressa
Mas minha amiga
Talvez as palavras que te digo
Me transpareçam classe,
Talvez nem te devesse dizer nada.
Porque és a mão que ampara o meu silêncio,
A minha filha, o meu cansaço
- à custa do teu cansaço, da tua filha,
Do teu silêncio.
Não há homens-a-dias neste mundo,
Mas tantas como tu,
A segurar nas mãos e no sorriso

Algumas como eu.
Entraste a pouco a perguntar se eu tinha febre
- a louça por lavar nas tuas mãos,
Aspirando o cansaço dos meus ombros,
Nos teus ombros o cansaço de mim
E o cansaço de ti.
Desculpa os meus silêncios,
O falar-me contigo como mais ninguém,
Desculpa o tom sem pressa
- e o meu dinheiro que não chega a nada,
Comprando o teu trabalho
(o teu sorriso).

Ana Luísa Amaral[\[3\]](#)

Os dois poemas acima apresentam dois retratos bem distintos para o que podemos chamar de mulher moderna, todavia eles não se fazem antagônicos, mas mostram faces opostas de interpretações da realidade. Chico Buarque na canção “Essa Moça Tá Diferente” traz esta visão progressista proveniente dos movimentos feministas do século XX, mostrando uma mulher independente, forte, a frente dos homens, principalmente nas relações profissionais. Porém, mesmo Chico Buarque e sua bela poesia não podem ignorar que essa visão de mulher de sucesso, tão em voga nos veículos de informação, não passa de um estereótipo que não é fiel à realidade enfrentada por 35%[\[4\]](#) das famílias brasileiras que são chefiadas por mulheres, chefes estas que mesmo com escolaridade superior à masculina continuam ganhando menos que eles.

Este estereótipo da mulher moderna acaba por ofuscar a voz daquelas que clamam por igualdade de oportunidades e reconhecimento, em especial em sua carreira profissional. Aliás, esta imagem atribuída às mulheres de sucesso gera outra reação, desta vez negativa, que o próprio Chico Buarque apontou em seu poema; aquelas mulheres que conseguem se destacar em suas mais diversas carreiras, passam a serem vistas com estranheza, “essa moça tá diferente”, e ainda, são-lhes atribuídas posturas de frieza, indiferença, perda de atributos considerados tipicamente e necessariamente femininos como meiguice, calma, feminilidade, simplesmente pelo fato destas mulheres adotarem a postura profissional que seus ofícios exigem. No poema isto

é percebido pelas expressões: “não lhe desperto emoção”, “ela só me guarda despeito”, “ela só me guarda desdém”, “no fundo[5], ela me quer bem”.

Além desta perspectiva do olhar do outro sobre a mulher, a prestigiada poetisa portuguesa Ana Luísa Amaral[6], mostra a vivência da própria mulher enquanto objeto de repressão da sociedade. O poema *Desculpa-me a ternura*, revela com sensibilidade a dura realidade desta mulher que luta pelo seu espaço, tem uma dupla jornada de trabalho, mas que permanece em silêncio, pois precisa sorrir e carregar sobre os ombros o peso do trabalho desigual. É justamente nesse contexto em que a mulher pode ser inserida em um quadro complexo e profundo de violência nas suas mais diversas, tristes, reais e presentes manifestações. E como carro chefe desde desfile de opressão está a violência simbólica[7], que une tiranicamente todas as mulheres, seja ela a Presidenta da República, seja ela a mulher vítima de violência doméstica física.

Em geral, a violência é associada apenas àquela física, contudo a profundidade da ação da violência vai muito além daquela reconhecida nos dogmas jurídicos. A violência está intimamente relacionada com as manifestações de poder e dominação, temas que serão tratados com mais detalhes adiante. A violência manifesta-se também nas coações sociais quase que imperceptíveis; nas sequelas e danos psicológicos, morais e sociais que ela gera; na própria dinâmica da sociedade, que quando analisada mais de perto se verifica uma violência já arraigada nas noções de hierarquia, família, religião, mercado de trabalho, dentre outras manifestações.

“Também sempre vi na dominação masculina, e no modo como é imposta e vivenciada, o exemplo por excelência desta submissão paradoxal, resultante daquilo que chamo de violência simbólica, violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente do

desconhecimento, do reconhecimento ou, em ultima instancia, do sentimento.”[\[8\]](#)

Pierre Bourdieu em sua pesquisa sociológica bem expressou em sua teoria o universo das relações de poder das sociedades, como a nossa brasileira, em especial a dominação que sofrem as minorias distintas do grupo dominante, minorias hoje identificadas como afrodescendentes, mulheres, homossexuais, crianças, indígenas. Consequentemente a dominação pode ser tipificada no padrão masculino, branco, europeu, heterossexual, e sob esse pilar a sociedade subordina suas crenças, cultura, valores, ideologias. É possível compreender, portanto, porque a minoria encontra-se submissa a esta dominação, este poder ilegítimo está apresentado à sociedade de maneira naturalizada, gerando a errônea ideia de legitimidade e de gênese de tal ordem. A dominação simbólica altera a interpretação, a percepção e a ação do indivíduo sobre a realidade, gerando a falsa fundamentação destes paradigmas dominadores, afinal ao inserir-se no esquema de dominação o ser absorve essa visão unidirecional, privando-se inconscientemente de compreender o todo e suas possibilidades.

Trazendo esta lente para a questão de gênero feminina, é possível enxergar e interpretar a situação de mulher sob outro ângulo. A dominação masculina gera símbolos que se associam aos gêneros e desenvolvem a falsa crença de que tal ordem estabelecida é natural, assim as próprias vítimas desta violência não se reconhecem enquanto vítimas ou percebem essa relação de dominação; e por terem seus olhos vendados para esta forma de coerção, as próprias mulheres passam a reproduzir a relação de dominação. A sutileza desta forma de violência concebe a enganosa ideia de imutabilidade dos papéis sociais delegados aos homens e mulheres; como se apenas por ter nascido com determinado órgão genital, o destino social do indivíduo já estivesse traçado.

Às mulheres, historicamente, são associados os símbolos da casa, das tarefas domésticas, do cuidado com os filhos, da cozinha, dos serviços manuais, da fertilidade, da submissão, da meiguice, da passividade, da fragilidade, de objeto sexual, da emoção, do privado. Enquanto que os homens são associados aos símbolos de força, de honra, de virilidade, de sucesso, de racionalidade, de público, do provedor, do líder. Tais símbolos quase que invisivelmente penetram no

subconsciente social, segregando homens e mulheres, incumbindo a elas tarefas de menor prestígio social, privando-as de lugares de destaque por mérito próprio, criando barreiras para que ambos exerçam seu real potencial.

4. O Mito da Mulher Moderna

“Consideramos estas verdades autoevidentes: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade’. Com essa única frase, Jefferson transformou um típico documento do século XVIII sobre injustiças políticas numa proclamação duradoura dos direitos humanos.”[\[9\]](#)

O Iluminismo XVIII trouxe o advento da Modernidade, e com ele as bandeiras da igualdade, da liberdade, da razão e da individualidade vieram à tona. Tais princípios geram uma nova mentalidade à sociedade europeia que culminaram na Independência dos Estados Unidos e na Revolução Francesa, marcos históricos que mudaram o curso da história do ocidente. O período da Modernidade é caracterizado, dentre outros aspectos pela evolução do Direito, uma clara evidência é o desenvolvimento dos chamados Direitos Humanos que tiveram seu nascimento na época. Alguns autores como Lynn Hunt atribuem tal gênese ao desenvolvimento do sentimento de empatia; o homem da época começou a se reconhecer como igual; práticas como o suplício passaram a ser abominadas; sentimentos como compaixão levou ao europeu a se auto reconhecer e a ansiar pelo fim da segregação do Antigo Regime. O discurso para tal ideologia passou a ser tido como universalista, mas as ações daí decorrentes não foram correspondentes.

Culturas que não seguiam o estilo de vida e economia europeus foram alvo de uma missão considerada civilizatória aos olhos europeus, a liberdade pregada na Revolução era dentro dos parâmetros culturais que ao Velho Mundo geravam identidade, considerados tradicionais; mas não desenvolveu-se, nos homens donos da racionalidade, a liberdade dada à diversidade: o europeu via-se como superior. A empatia anteriormente pregada é na medida em que o outro

cria uma identidade próxima a sua. A consequência destas limitações é a formação e perpetuação da intolerância para com o diferente, a propagação do ideário de conquista dominou e ainda domina as nações ditas hegemônicas. Porém, “a ‘conquista’ é afirmação prática do ‘Eu conquisto’ e ‘negação do outro’ como outro”[\[10\]](#).

Enrique Dussel traz esta perspectiva para a colonização europeia aos povos originais das Américas; contudo, nós, brasileiros, podemos ver na análise deste sociólogo muito da origem das nossas heranças, dos nossos preconceitos. Dussel fala em encobrimento da cultura, voz, religião, vida e potencial dos povos pré-colombianos que aqui existiam, os preceitos iluministas só eram utilizados e reconhecidos, sobretudo para a figura masculina europeia heterossexual.

“A conquista” é um processo militar, prático e violento que inclui dialeticamente o Outro como o ‘si-mesmo’. O outro, em sua distinção, é negado como Outro e é sujeitado; subsumido, alienado a se incorporar à Totalidade dominadora como coisa, como instrumento, como oprimido, como ‘encomendado’, como ‘assalariado’ (nas futuras fazendas), ou como africano escravo (nos engenhos de açúcar ou outros produtos tropicais).” (DUSSEL, Enrique. 1993, p. 44).

A mesma noção pode ser trazida para a realidade feminina. A mulher, assim como o índio e o africano eram considerados alienados do processo de modernização. Tanto o é que a isonomia política com o direito ao voto só foi atingida no século XX, dois séculos depois da Revolução Francesa. O comportamento de subjugar e dominar foi transferido para a construção das colônias europeias ao redor do mundo, por gerações a mulher tem sido encoberta, tirada do cerne das grandes decisões, encarada como ‘outro’ e não como igual.

Quinhentos anos de história do Brasil, são sobretudo anos de dominação de uma razão cerceadora das minorias; e com o decorrer da História, a sociedade brasileira foi criada sob esses moldes patriarcalistas tradicionais, gerando um pensamento comum machista, sob uma visão

eurocentrista, que de tão antiga parece-nos natural, recebemos uma marca, um estigma social como se a (sub)posição social ocupada pela mulher fosse um destino, como se o fato de ser mulher nos colocasse em inferioridade em relação aos homens, como se o fato de ser mulher não nos fizesse tão seres humanos quanto os homens, como se o fato de ser mulher fosse um castigo.

A modernidade chegou para a economia, a indústria, a construção civil, as universidades, a medicina; mas não chegou à questão de gênero. A luta feminista mal completou cem anos, e por muitos ainda é vista como uma questão partidária, uma questão de mulheres 'solteiras', enquanto na realidade é uma luta da sociedade para a sociedade, uma eminente necessidade de reparação de séculos de segregação e poder coativo ilegítimo, para então vivermos um Iluminismo em sua plenitude.

5. Mulher: um Outsider

Fazendo uma interessante analogia, imaginando que cada indivíduo está no centro de diversos círculos concêntricos^[11], esses círculos representam as formas institucionalizadas ou não de controle social dos indivíduos. Em certa medida, todos os indivíduos estão sujeitos a forças coercitivas que exercem sobre nós influência e pressão para o controle da conduta individual em sociedade. Desta maneira o maior destes círculos é o sistema legal e político que abrange todos os demais sistemas, logo após, encontra-se o sistema de controle social ligado a costumes, moral, princípios, dentre outros, e por fim o círculo representante da vida privada, que abrange as relações pessoais como família e amigos.

Podemos encarar a dominação masculina como um poder constituinte de um sistema de controle social que permeia todos os círculos concêntricos. Da esfera estatal à privada, essa forma de poder está presente, coagindo homens e mulheres a agir conforme a tradição de dominação, criando assim a separação dos gêneros e um abismo entre esses grupos. Tal concepção de análise das esferas de poder, em muito se intercedem com a teoria do prestigiado sociólogo Norbert Elias^[12], dentro da ótica de Elias podemos enquadrar as mulheres como um amplo e heterogêneo grupo classificado como *Outsiders*, ou seja, o grupo subjugado e marginalizado; já os homens constituem um grupo mais homogêneo chamado *Estabelecidos*, o grupo dominante.

Diferentemente da perspectiva Marxista, aqui as diferenças não são marcadas pelo mercado, mas por uma tradição muito mais profunda e antiga que o próprio capitalismo, simplesmente a diferença sexual, diferença essa que traz consequências para a economia, um movimento inverso da análise marxista.

Norbert Elias em sua pesquisa, não analisou o caso de gênero em si, mas sim a formação de relações interpessoais de uma pequena cidade; porém o grande mérito da pesquisa do sociólogo é o fato de ela conseguir aplicabilidade não apenas em sociedades simples, mas até mesmo naquelas ditas complexas, afinal esse fenômeno social de formação de estabelecidos e outsiders ocorre em todas as sociedades. Portanto é possível utilizar sua teoria como *lente* para análise do papel da mulher na sociedade ocidental contemporânea.

Norbert Elias atribui a este fato social, sua sustentabilidade mediante a existência de relações desiguais de poder, assim, o grupo estabelecido e detentor de poder consegue subordinar as outsiders ao seu julgamento e estigmatização, passando, por isso mesmo, ser aceita esta conduta excludente pelas próprias outsiders que começam a considerar verídica este estigma de inferioridade.

“A peça central desta figuração é um equilíbrio instável de poder, com as tensões que lhe são inerentes. Essa é também a condição decisiva de qualquer estigmatização eficaz de um grupo outsider por um grupo estabelecido. Um grupo só pode estigmatizar outro com eficácia quando está bem instalado em posições de poder das quais o grupo estigmatizado é excluído. Enquanto isso acontece, o estigma de desonra coletiva imputado aos outsiders pode fazer-se prevalecer.” (ELIAS, 2000, p.23).

Outro aspecto importante para a existência deste quadro é a potencial de coesão dos grupos. Os estabelecidos, por sua própria característica tradicionalista neste caso, são mais coesos, têm uma identidade e unidade de parâmetros e de cultura como marca, “essa

integração diferencial contribui substancialmente para seu excedente de poder”[13]. Para fazer parte deste *corpo* o individuo, é claro, deve pagar um preço, ou seja, se submeter aos princípios, consciência e paradigmas do grupo, caso contrário sanções como a própria exclusão são uma das consequências. Diante justamente desta coesão é que os estabelecidos, os homens, conseguem seu destaque na sociedade gerando uma força que as outsiders não conseguiram até o momento construir com mesmo vigor, exatamente por não terem uma união em suas ações, pensamentos e diálogos.

“Era graças ao seu maior potencial de coesão, assim como à ativação deste pelo controle social, que os antigos residentes conseguiram reservar para as pessoas de seu tipo os cargos importantes das organizações locais, como o conselho, a escola ou o clube, e deles excluir firmemente os moradores da outra área, aos quais, como grupo faltava coesão.” (ELIAS, 2000, p.22).

É importante lembrar, entretanto, que a condição de outsider e estabelecido não é rígida e imutável; há situações históricas em que os outsiders de algumas sociedades, ganharam coesão em sua organização e lutaram pela mudança deste *status*, almejando assim ao poder antes restrito apenas aos estabelecidos, por vezes passando até a inversão destes papéis. Um exemplo disto foram as revoluções burguesas que consolidaram essa mudança nas sociedades industrializadas, principalmente na Revolução Francesa, nesta revolução os burgueses, antes marginalizados e outsiders na Idade Média, tornam-se estabelecidos ao tomar o poder e acabar com o Absolutismo.

6. Quebrando as cadeias

Ao pensar na figura de juízes, advogados, executivos, políticos, chefes logo vêm à mente a figura masculina, independentemente de valores ou preconceitos; a violência simbólica tem suas raízes, no ocidente, na antiga tradição judaico-cristã e toma a mente das sociedades herdeiras desta tradição. Tal violência gera como que um teto de vidro, teto este invisível que impede as mulheres dentro de suas possibilidades de formação familiar, educacional e profissional de

ocupar, por exemplo, cargos tradicionalmente delegados a homens: até o ano de 2010 apenas 29,32%^[14] dos magistrados eram mulheres; em 2009, 19,45% dos conselheiros dos Conselhos de Justiça brasileiros eram mulheres.

Aliás, o próprio Direito, apesar do viés de poder transformador da sociedade, tem um caráter conservador, afinal as normas vêm para tentar manter a ordem estabelecida, gerando segurança jurídica para as decisões, seguindo em geral linhas doutrinárias que muitas vezes só se modificam depois de já transformado o meio social de atuação normativa. Assim, mesmo sendo o instrumento estatal para a transformação social, o direito enquanto ordem reproduz as ideologias e os preceitos do grupo dominante, os números acima revelam um pouco da dominação masculina mesmo no poder judiciário.

Entendendo em linhas gerais a construção do poder masculino sobre a sociedade ocidental, a impressão que temos é que permitir a mudança destes paradigmas, e cessar com esta forma ilegítima de poder é uma utopia. Todavia, existe sim caminhos à emancipação feminina da dominação; Charles Taylor com muita propriedade, desenvolveu um destes caminhos: a teoria do reconhecimento. Para este cientista social conhecer a dinâmica do poder é fundamental para gerar auto-reconhecimento. Infelizmente o poder simbólico tem como consequência uma “cegueira” coletiva, o mais agravante é o fato das próprias vítimas desta violência não a perceber e por esta razão permanecerem inertes à realidade. O auto-reconhecimento seria, portanto dar a possibilidade às mulheres gerar uma identidade comum, reconhecendo o meio coercitivo em que estamos inseridas e a posição de outsiders que ocupamos; gerar tal consciência não apenas nas mulheres mas igualmente nos homens é o primeiro passo à emancipação. A necessidade na libertação também da mente masculina de tal poder é também eminente, afinal esse processo é parte da mudança do olhar do “outro” para o “igual”, legitimando e dando voz à luta de gênero.

“Nesse sentido, o sujeito deve ser visto como alguém que, precisamente mediante a aceitação por parte de outros sujeitos de suas capacidades e qualidades, sente-se reconhecido e

consequentemente em comunhão com estes, possibilitando sua disposição de também reconhecer o outro em sua originalidade e singularidade.” [15]

Gerar essa identidade enquanto grupo não é exaltar a coletividade em detrimento da individualidade do indivíduo, mas pelo contrário, ao permitir o reconhecimento das mulheres é dada voz à coletividade, possibilitando concomitantemente o agir da consciência agora transformada, na singularidade e na realidade de cada mulher, seja ela uma executiva em ascensão, ou a dona de casa que é violentada fisicamente pelo marido, abrindo espaço para o novo, para o potencial criador da própria sociedade. Há assim a geração de uma nova concepção de modernidade, superando a antiga tradição moderna.

Contudo, gerar consciência por si só não traz transformação ou libertação dos paradigmas e estruturas de poder, “é porque os efeitos e as condições de sua eficácia estão duradouramente inscritas no mais íntimo dos corpos sob a forma de predisposições (aptidões, inclinações).” Não é possível portanto dissociar o processo de emancipação da dominação masculina com a ação, a prática dos preceitos de transformação são as armas dadas à conscientização que por si só não tem força de libertação mas apenas quando parte da composição de um processo longo e complexo.

Diante do exposto, podemos falar em “articulação”, conceito esse desenvolvido por Taylor; a articulação da sociedade é o resultado palpável da tomada de consciência seguida da ação como instrumento transformador. Para Jessé Souza, a articulação da sociedade tem por objetivo estabelecer uma ponte nesse abismo social, agindo como diálogo, aproximando gêneros tidos como distintos.

“A articulação permite a constituição narrativa da identidade que possibilita uma condução da vida consciente. Nesse sentido, uma identidade não articulada reflexivamente é uma identidade fragmentada. A articulação permite, no entanto, não apenas nossa compreensão e conscientização dos nossos próprios

sentimentos morais, mas possibilita também no limite, graças à distância crítica que a reflexão enseja, a modificação dos nossos próprios sentimentos.”[\[16\]](#)

Em quase um exercício lógico, essa tentativa de teorizar a transformação social leva a associação com algo que transporta o mundo das ideias para o prático: as políticas de ação afirmativa e a sua eminente necessidade. Verdadeiramente, são um instrumento viável para possibilitar àqueles alcançados por elas compreensão da dinâmica social em que estamos inseridos, possibilitando assim o reconhecimento e por fim a articulação dos objetos da ação para um fim comum.

Há hoje, especialmente no campo jurídico, uma fervorosa discussão acerca da legalidade das ações afirmativas, pois alguns defendem que estas ferem o princípio constitucional da igualdade, dando muletas a quem não precisa delas, privilegiando uns em detrimentos de outros. Ora, as ações afirmativas vêm justamente para permitir que a igualdade não seja apenas um artifício formal da Constituição, mas ganhe materialidade gerando espaço para que as minorias possam andar ao lado da classe dominante, usufruindo de seus potenciais, acabando com a distinção “estabelecidos e outsiders” dentro da questão de gênero.

7. Articulação e resultados

Leis como a lei nº 11.3406, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, é um forte exemplo brasileiro de ação afirmativa dentro do âmbito jurídico. Lembrando que esta normatização recente só foi possível mediante a pressão da própria sociedade ao Estado para a tomada de providências acerca de violência doméstica. Com uma série de resistências a lei foi aprovada, porém, este foi só um passo à emancipação; ainda hoje dentro da autonomia dos juízes, muitos burlam a atuação desta lei ou a interpretam de maneira distorcida. A lei por si só não implica em transformação, há ainda uma luta contínua para que ela seja devidamente respeitada e aplicada, além de claro, o processo legal deve ser ajustado conforme a necessidade social. A criação de delegacias da mulher, casas abrigo, e núcleos de prática jurídica públicos são exemplos desta tentativa de dar voz as mulheres e aplicabilidade da lei. Mas ainda há um longo caminho a ser percorrido.

“A experiência latino-americana demonstra que para ter sucesso o sistema de cotas ou tem de ser acompanhado por uma reforma eleitoral, ou então a própria lei de cotas tem de criar mecanismos compensatórios para diminuir o prejuízo causado pelo sistema eleitoral sobre as candidaturas femininas.” [17]

Hoje países como a Argentina são pioneiros em resultados positivos e eficazes de ações afirmativas, como bem observa Mala Htun, a forma de ordenar a agenda política e a dinâmica das eleições foi fundamental para o sucesso do empoderamento das argentinas. Hoje os portenhos são referência em políticas como esta, a própria educação pública tomou novo formato, na tentativa de possibilitar a conscientização das gerações vindouras.

8. Considerações Finais

“Pelo fato de o fundamento da violência simbólica resistir não nas consciências mistificadas que bastaria esclarecer, e sim nas disposições modeladas pelas estruturas de dominação que as produzem, só se pode chegar a uma ruptura da relação de cumplicidade que as vítimas da dominação simbólica têm com os dominantes com uma transformação radical das condições sociais de produção de tendências que levam os dominadores a adotar, sobre os dominantes e sobre si mesmos, o próprio ponto de vista dos dominantes.” [18]

Possibilitar a ruptura com a tradição e a transformações de preconceitos que se encontram na base das estruturas sociais é em si um desafio, mas não uma impossibilidade. Ainda que os símbolos de dominação perpetuem-se pelas gerações, trazer a luz às mentes herdeiras de uma modernidade que segregou e dominou uma visão paradigmática de poder é ampliar os horizontes da interpretação da realidade tanto a mulheres quanto a homens. Gerar instrumentos para a

retirada das burcas invisíveis que cobrem as relações sociais é dar a possibilidade de escolha às mulheres.

Diferentemente da visão de frieza e indiferença que foi plantado para encarar as mulheres que buscam esta independência, a proposta é a de respeito, de abertura de caminhos; não é masculinizar as mulheres, mas permitir a plenitude de sua feminilidade. Seja construindo famílias ou liderando governanças, empoderar as mulheres é permitir que o compartilhamento do poder de ação, é permitir que seus potenciais sejam aproveitados para o próprio engrandecimento da civilização; não é colocá-las na posição de dominadoras, mas ao contrário, tirá-las da posição de dominadas, dinamizando a própria sociedade.

Referencias Bibliográficas

1. Livros

AMARAL, Ana Luísa, **Às Vezes o Paraíso**. 2ª edição. Lisboa, Quetzal Editores, 1998, p. 72, 73.

BEATTIE, John. “Controle social: lei e sanções sociais”. In: BERGER, Peter. **Introdução à antropologia social**. Tradução de Heloísa Rodrigues Fernandes. 3. Ed. São Paulo: Editora Nacional, 1980(p.197-216)

BERGER, Peter. “A perspectiva Sociológica: o homem na sociedade”. In: **Perspectivas Sociológicas: uma visão humanista**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1973.(p.78-105)

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade**. São Paulo: UNESP, 2003.

DUSSEL, Enrique. **1492, O Encobrimento do Outro (A origem do “mito da modernidade”)**. Tradução: Jaime A. Clasen. Editora: Vozes. Petrópolis, 1993. P. 49.

ELIAS, Norbert & SCOTSON, John. **Os Estabelecidos e os Outsiders: Sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 2000.

GUIMARÃES, Fabrício; SILVA, Eduardo Chaves; MACIEL, Sérgio Alberto Bitencourt. Resenha: **“mas ele diz que me ama...”**: cegueira

relacional e violência conjugal. Universidade de Brasília Psicossocial Forense e Núcleo Psicossocial Forense, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-37722007000400015&script=sci_arttext&tlng=e . Acessado em novembro de 2010.

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. DP&A Editora, 2005.

HUNT, Lynn. **A Invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

HTUN, Mala. **Políticas de cotas na América Latina**. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n1/8612.pdf>. Acessado em fevereiro de 2011.

PANDJIARJIAN, Valéria. Artigo **Estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais e a violência contra a mulher na Legislação**, subtópico Estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais. Disponível em: http://www.maismulheresnoperbrasil.com.br/pdf/Judiciario/Os_Estereotipos_deGenero_nos_Processos_Judiciais_e_a_violencia_contra_a_mulher_na_Legislacao.pdf. Acessado em julho de 2011

SOUZA, Jessé. **A modernização Seletiva: uma interpretação do dilema brasileiro**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

2. Portais na Internet, pesquisa de dados:

<http://www.maismulheresnoperbrasil.com.br> Acessado em janeiro de 2011.

<http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/noticias/presenca-feminina-na-camara-federal-permanece-a-mesma>. Acessado em março de 2011

<http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm> Acessado em julho de 2011

<http://ultimosegundo.ig.com.br/eleicoes/brasil+104+em+ranking+d+e+participacao+de+mulheres+no+parlamento/n1237721398627.html> Acessado em abril de 2011

http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1099&id_pagina=1 Acessado em abril de 2011

http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1717&id_pagina=1 Acessado em abril de 2011

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6055:aumenta-numero-de-mulheres-chefes-familia&catid=10:disoc&Itemid=9 Acessado em maio de 2011

http://www.mulheres-ps20.ipp.pt/Ana_Luisa_Amaral.htm Acessado em agosto de 2011

NOTAS:

[1] Estatísticas disponíveis em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1717&id_pagina=1

[2] Dado disponível em: <http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm>

[3] AMARAL, Ana Luísa, **Às Vezes o Paraíso**. 2ª edição. Lisboa, Quetzal Editores, 1998, p. 72, 73.

[4] Aumenta o número de mulheres chefes de família. Disponível em:

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6055:aumenta-numero-de-mulheres-chefes-familia&catid=10:disoc&Itemid=9

[5] Grifo nosso.

[6] Ana Luisa Amaral é professora de Literatura e Cultura Inglesa e Americana na Faculdade de Letras da Universidade do Porto. http://www.mulheres-ps20.ipp.pt/Ana_Luisa_Amaral.htm

[7] BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

[8] BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 7.

[9] HUNT, Lynn. **A Invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução: Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. P.13.

[10] DUSSEL, Enrique. **1492, O Encobrimento do Outro (A origem do “mito da modernidade”)**. Tradução: Jaime A. Clasen. Editora: Vozes. Petrópolis, 1993. P. 49.

[11] Teoria dos círculos concêntricos de Peter Berger. Disponível em: BERGER, Peter. “A perspectiva Sociológica: o homem na sociedade”. In: **Perspectivas Sociológicas: uma visão humanista**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1973.(p.78-105)

[12] ELIAS, Norbert & SCOTSON, John. **Os Estabelecidos e os Outsiders: Sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 2000.

[13] Idem, p. 22.

[14] **Mais mulheres no poder.** Dados disponíveis em: www.maismulheresnopoderbrasil.com.br/dados

[15] SOUZA, Jessé. **A modernização Seletiva: uma interpretação do dilema brasileiro.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 97.

[16] SOUZA, Jessé. **A modernização Seletiva: uma interpretação do dilema brasileiro.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 101.

[17] HTUN, Mala. **Políticas de cotas na América Latina.** 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n1/8612.pdf>

[18] BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 54.

SINGELOS COMENTÁRIOS AO ESTATUTO DOS MUSEUS: PAINEL ADVINDO DA LEI Nº 11.904/2009

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Bacharel em Direito, do Centro Universitário São Camilo. Autor de vários artigos na área do Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Ambiental. Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Bolsista CAPES.

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise do Estatuto dos Museus, instituído pela Lei nº 11.904, de 14 de Janeiro de 2009. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultural. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos

africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Estatuto dos Museus. Tutela Jurídica.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Singelos Comentários ao Estatuto dos Museus: Painel advindo da Lei nº 11.904/2009.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de

evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”^[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que

derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “*Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas*”^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “*Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária*”^[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o

entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei N.º. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um

complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres viventes. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa*

do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que

o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando

progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos”^[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental”^[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de

ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”^[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”^[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N°. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos inseridos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Singelos Comentários ao Estatuto dos Museus: Painel advindo da Lei nº 11.904/2009

Em um primeiro momento, cuida anotar que a Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009[23], que institui o Estatuto de Museus e dá outras providências, estabelece, em uma concepção jurídica, que são considerados museus as instituições sem fins lucrativos que conservam, investigam, comunicam, interpretam e expõem, para fins de preservação, estudo, pesquisa, educação, contemplação e turismo, conjuntos e coleções de valor histórico, artístico, científico, técnico ou de qualquer outra natureza cultural, abertas ao público, a serviço da sociedade e de seu desenvolvimento. Igualmente, para a aplicação da legislação supramencionada, serão consideradas as instituições e os processos museológicos voltados para o trabalho com o patrimônio cultural e o território visando ao desenvolvimento cultural e socioeconômico e à participação das comunidades. Ao lado disso, são princípios fundamentais que nortearão a atuação dos museus: (i) a valorização da dignidade humana; (ii) a promoção da cidadania; (iii) o cumprimento da função social; (iv) a valorização e preservação do patrimônio cultural e

ambiental; (v) a universalidade do acesso, o respeito e a valorização à diversidade cultural; (vi) o intercâmbio institucional.

A Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009^[24] (Estatuto dos Museus), traz ainda, em conformidade com as características e o desenvolvimento de cada museu, a possibilidade de existir filiais, seccionais e núcleos ou anexos das instituições. Nos termos do diploma supramencionado, considera-se como filial os museus dependentes de outros quanto à sua direção e gestão, inclusive financeira, mas que possuem plano museológico autônomo; como seccional a parte diferenciada de um museu que, com a finalidade de executar seu plano museológico, ocupa um imóvel independente da sede principal; como núcleo ou anexo os espaços móveis ou imóveis que, por orientações museológicas específicas, fazem parte de um projeto de museu. Ademais, poderá o Poder Público estabelecer mecanismos de fomento e incentivo visando à sustentabilidade dos museus brasileiros. Assentado na proeminência do patrimônio cultural, os bens culturais dos museus, em suas diversas manifestações podem ser declarados como de interesse público, no todo ou em parte. Consideram-se bens culturais passíveis de musealização os bens móveis e imóveis de interesse público, de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência ao ambiente natural, à identidade, à cultura e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Será declarado como de interesse público o acervo dos museus cuja proteção e valorização, pesquisa e acesso à sociedade representar um valor cultural de destacada importância para a Nação, respeitada a diversidade cultural, regional, étnica e linguística do País.

O Estatuto dos Museus estabelece, oportunamente, que a codificação não se aplica às bibliotecas, aos arquivos, aos centros de documentação e às coleções visitáveis. Ao lado disso, são consideradas coleções visitáveis os conjuntos de bens culturais conservados por uma pessoa física ou jurídica, que não apresentem as características previstas no artigo 1º do diploma legal multicitado, e que sejam abertos à visitação, ainda que esporadicamente. Diciona a legislação que são considerados museus públicos as instituições museológicas vinculadas ao poder público, situadas no território nacional. Incumbirá ao Poder Público firmar um plano anual prévio, de modo a garantir o funcionamento dos museus públicos e permitir o cumprimento de suas finalidades. Os museus públicos, ainda consoante disposição do Estatuto dos Museus, serão regidos por ato normativo específico. É vedada a participação direta ou

indireta de pessoal técnico dos museus públicos em atividades ligadas à comercialização de bens culturais. Atividades de avaliação para fins comerciais serão permitidas aos funcionários em serviço nos museus, nos casos de uso interno, de interesse científico, ou a pedido de órgão do Poder Público, mediante procedimento administrativo cabível.

No que concerne ao regime aplicável, a criação de museus por qualquer entidade é livre, independentemente do regime jurídico estabelecidos no Estatuto dos Museus. Ao lado disso, a criação, a fusão e a extinção de museus serão efetivadas por meio de documento público. A criação, a fusão ou a extinção de museus deverá ser registrada no órgão competente do poder público. Os museus poderão estimular a constituição de associações de amigos dos museus, grupos de interesse especializado, voluntariado ou outras formas de colaboração e participação sistemática da comunidade e do público. Os museus, à medida das suas possibilidades, facultarão espaços para a instalação de estruturas associativas ou de voluntariado que tenham por fim a contribuição para o desempenho das funções e finalidades dos museus. Os museus poderão criar um serviço de acolhimento, formação e gestão de voluntariado, dotando-se de um regulamento específico, assegurando e estabelecendo o benefício mútuo da instituição e dos voluntários. A denominação de museu estadual, regional ou distrital só pode ser utilizada por museu vinculado a Unidade da Federação ou por museus a quem o Estado autorize a utilização desta denominação. Por derradeiro, a denominação de museu municipal só pode ser utilizada por museu vinculado a Município ou por museus a quem o Município autorize a utilização desta denominação.

As entidades públicas e privadas de que dependam os museus deverão definir claramente seu enquadramento orgânico e aprovar o respectivo regimento. Todo museu deverá dispor de instalações adequadas ao cumprimento das funções necessárias, bem como ao bem-estar dos usuários e funcionários. Compete à direção dos museus assegurar o seu bom funcionamento, o cumprimento do plano museológico por meio de funções especializadas, bem como planejar e coordenar a execução do plano anual de atividades. Os museus garantirão a conservação e a segurança de seus acervos, sendo que cada museu deverá elaborar programas, normas e procedimentos de preservação, conservação e restauração, em conformidade com a legislação vigente. Aplicar-se-á o regime de responsabilidade solidária às ações de preservação, conservação ou restauração que impliquem dano irreparável ou destruição

de bens culturais dos museus, sendo punível a negligência. Os museus devem dispor das condições de segurança indispensáveis para garantir a proteção e a integridade dos bens culturais sob sua guarda, bem como dos usuários, dos respectivos funcionários e das instalações, sendo que cada museu deve dispor de um Programa de Segurança periodicamente testado para prevenir e neutralizar perigos. É facultado aos museus estabelecer restrições à entrada de objetos e, excepcionalmente, pessoas, desde que devidamente justificadas.

As entidades de segurança pública poderão cooperar com os museus, por meio da definição conjunta do Programa de Segurança e da aprovação dos equipamentos de prevenção e neutralização de perigos. Os museus colaborarão com as entidades de segurança pública no combate aos crimes contra a propriedade e tráfico de bens culturais. O estudo e a pesquisa fundamentam as ações desenvolvidas em todas as áreas dos museus, no cumprimento das suas múltiplas competências. O estudo e a pesquisa nortearão a política de aquisições e descartes, a identificação e caracterização dos bens culturais incorporados ou incorporáveis e as atividades com fins de documentação, de conservação, de interpretação e exposição e de educação. Os museus deverão promover estudos de público, diagnóstico de participação e avaliações periódicas objetivando a progressiva melhoria da qualidade de seu funcionamento e o atendimento às necessidades dos visitantes. Os museus deverão promover ações educativas, fundamentadas no respeito à diversidade cultural e na participação comunitária, contribuindo para ampliar o acesso da sociedade às manifestações culturais e ao patrimônio material e imaterial da Nação. Os museus deverão disponibilizar oportunidades de prática profissional aos estabelecimentos de ensino que ministrem cursos de museologia e afins, nos campos disciplinares relacionados às funções museológicas e à sua vocação.

As ações de comunicação constituem formas de se fazer conhecer os bens culturais incorporados ou depositados no museu, de forma a propiciar o acesso público, bem como regulamentará o acesso público aos bens culturais, levando em consideração as condições de conservação e segurança. Os museus deverão elaborar e implementar programas de exposições adequados à sua vocação e tipologia, com a finalidade de promover acesso aos bens culturais e estimular a reflexão e o reconhecimento do seu valor simbólico. Os museus poderão autorizar ou produzir publicações sobre temas vinculados a seus bens culturais e peças publicitárias sobre seu acervo e suas atividades, sendo que: (i) serão

garantidos a qualidade, a fidelidade e os propósitos científicos e educativos do material produzido, sem prejuízo dos direitos de autor e conexos; e (ii) todas as réplicas e demais cópias serão assinaladas como tais, de modo a evitar que sejam confundidas com os objetos ou espécimes originais. A política de gratuidade ou onerosidade do ingresso ao museu será estabelecida por ele ou pela entidade de que dependa, para diferentes públicos, conforme dispositivos abrigados pelo sistema legislativo nacional. Os museus caracterizar-se-ão pela acessibilidade universal dos diferentes públicos, na forma da legislação vigente. As estatísticas de visitantes dos museus serão enviadas ao órgão ou entidade competente do poder público, na forma fixada pela respectiva entidade, quando solicitadas. Os museus deverão disponibilizar um livro de sugestões e reclamações disposto de forma visível na área de acolhimento dos visitantes.

Os museus deverão formular, aprovar ou, quando cabível, propor, para aprovação da entidade de que dependa, uma política de aquisições e descartes de bens culturais, atualizada periodicamente. Os museus vinculados ao Poder Público darão publicidade aos termos de descartes a serem efetuados pela instituição, por meio de publicação no respectivo Diário Oficial. É obrigação dos museus manter documentação sistematicamente atualizada sobre os bens culturais que integram seus acervos, na forma de registros e inventários, sendo que: (i) o registro e o inventário dos bens culturais dos museus devem estruturar-se de forma a assegurar a compatibilização com o inventário nacional dos bens culturais; e (ii) os bens inventariados ou registrados gozam de proteção com vistas em evitar o seu perecimento ou degradação, a promover sua preservação e segurança e a divulgar a respectiva existência. Os inventários museológicos e outros registros que identifiquem bens culturais, elaborados por museus públicos e privados, são considerados patrimônio arquivístico de interesse nacional e devem ser conservados nas respectivas instalações dos museus, de modo a evitar destruição, perda ou deterioração. No caso de extinção dos museus, os seus inventários e registros serão conservados pelo órgão ou entidade sucessora.

A proteção dos bens culturais dos museus se completa pelo inventário nacional, sem prejuízo de outras formas de proteção concorrentes. Entende-se por inventário nacional, em consonância com a Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009^[25] (Estatuto dos Museus), a inserção de dados sistematizada e atualizada periodicamente sobre os bens culturais existentes em cada museu, objetivando a sua identificação e

proteção. O inventário nacional dos bens dos museus não terá implicações na propriedade, posse ou outro direito real. O inventário nacional dos bens culturais dos museus será coordenado pela União. Para efeito da integridade do inventário nacional, os museus responsabilizar-se-ão pela inserção dos dados sobre seus bens culturais. Os museus facilitarão o acesso à imagem e à reprodução de seus bens culturais e documentos conforme os procedimentos estabelecidos na legislação vigente e nos regimentos internos de cada museu. A disponibilização de que trata este artigo será fundamentada nos princípios da conservação dos bens culturais, do interesse público, da não interferência na atividade dos museus e da garantia dos direitos de propriedade intelectual, inclusive imagem, na forma da legislação vigente. Por fim, em consonância com o Estatuto dos Museus, os museus garantirão a proteção dos bens culturais que constituem seus acervos, tanto em relação à qualidade das imagens e reproduções quanto à fidelidade aos sentidos educacional e de divulgação que lhes são próprios, na forma da legislação vigente.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Lei N°. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Lei nº 11.904, de 14 de Janeiro de 2009**. Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 13 mar. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública

de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

[7] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminoso - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada -

Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 13 mar. 2015: “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”.

[15] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna - Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 13 mar. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É

fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 13 mar. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto Nº 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80.

[23] BRASIL. **Lei nº 11.904, de 14 de Janeiro de 2009**. Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

[24] BRASIL. **Lei nº 11.904, de 14 de Janeiro de 2009**. Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.

[25] BRASIL. **Lei nº 11.904, de 14 de Janeiro de 2009**. Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13 mar. 2015.