

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 867

(Ano X)

(18/08/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

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

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

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

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

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

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



16/08/2018 Sérgio Henrique da Silva Pereira

» [Descriminalização do aborto é troca de utilitarismo](#)

ARTIGOS

17/08/2018 Luiz Fernando Vaz Cabeda

» [A decadência do texto e do discurso jurídico frente ao Judiciário do sortilégio](#)

17/08/2018 Valter Pedroso Vitelli

» [É possível a defesa dos direitos fundamentais sem a autopoiese do direito?](#)

17/08/2018 Julia Gomes Cavalcante

» [Diálogo entre o Direito Tributário, com enfoque no estudo de atos elisivos, e a Teoria de Sistemas de Niklas Luhmann](#)

17/08/2018 José Lupércio Ramos de Oliveira Júnior

» [O Terceiro Setor no Brasil: do contexto histórico ao novo marco regulatório da Lei 13.019/14](#)

16/08/2018 Clarindo José Lúcio Gomes Junior

» [A ação Civil Pública como meio de tutelar omissões inconstitucionais do Poder Público](#)

16/08/2018 Erik de Melo Moura

» [A possibilidade segundo o ordenamento jurídico pátrio do aborto microcefálico](#)

16/08/2018 José Lupércio Ramos de Oliveira Júnior

» [Aspectos jurídicos do termo de parceria firmado entre a Administração Pública e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público](#)

16/08/2018 Maria Fernanda Vianez de Castro e Cavalcanti

» [A psicografia como meio de prova no Tribunal do Júri](#)

16/08/2018 Joana Karen Wanderley Pinto

» [Noções básicas sobre o princípio da não cumulatividade tributária](#)

15/08/2018 Lorena Nunes de Lima

» [A legitimidade na ação repetição do indébito envolvendo impostos indiretos](#)

15/08/2018 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [Licitações: noções elementares](#)

15/08/2018 Antonio Wilton da Silva

» ["Gemidos de 88"- das pretensões sociais constitucionais aos interesses dos legisladores atuais](#)

15/08/2018 Ana Sofia Coutinho Bizzi

» [Imigração nos Estados Unidos](#)

14/08/2018 Lorena Nunes de Lima

» [O dano moral nas relações familiares: a possibilidade da reparação do dano moral sofrido pelo filho por ato dos pais](#)

14/08/2018 Mariana Antunes Vieira

» [A responsabilidade civil e o comércio eletrônico](#)

14/08/2018 Matheus Barbosa Melo

» [A interpretação das lacunas no direito penal e processual penal](#)

14/08/2018 Ana Sofia Coutinho Bizzi

» [Participação feminina na política: Como melhorar o quadro atual?](#)

13/08/2018 João Victor Pereira Martins da Silva

» [O direito à saúde das pessoas com deficiência privadas de liberdade no Brasil à luz do caso Chinchilla Sandoval versus Guate-mala](#)

13/08/2018 Ricardo Kaneko Torquato

» [Estudos sobre a teoria do precedente judicial](#)

13/08/2018 Maria Fernanda Vianez de Castro e Cavalcanti

» [O sistema brasileiro de precedentes e os precedentes do sistema common law](#)

13/08/2018 Layla Kaboudi

» [Possibilidade de reanálise dos fundamentos do acórdão rescindendo na via do Recurso Especial](#)

MONOGRAFIAS

14/08/2018 Augusto Simon Bolivar de Lima Ramirez

» [Os Papiloscopistas Policiais do Distrito Federal como peritos oficiais, nos termos da legislação brasileira](#)

DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO É TROCA DE UTILITARISMO

SÉRGIO HENRIQUE DA SILVA PEREIRA:

Jornalista, professor, produtor, articulista, palestrante, colunista. Articulista nos sites: Academia Brasileira de Direito (ABDIR), ABJ (Associação Brasileira dos Jornalistas), Âmbito Jurídico, Conteúdo Jurídico, Editora JC, Fenai/Faibra (Federação Nacional da Imprensa), Investidura - Portal Jurídico, JusBrasil, JusNavigandi, JurisWay, Observatório da Imprensa.

Resumo: Debates, sejam pelo povo, doutrinários, congressistas, profissionais da área de saúde, sobre o início da vida humana, intrauterina e extrauterina, suscitam mudanças no ordenamento jurídico pátrio e, conseqüentemente, no modo de vida cultural. Autopossessão e autonomia da vontade da mulher dão a entender que a vida intrauterina depende, somente, da vontade da mulher. Por outro lado, há cidadãos contra o aborto, pois autopossessão e autonomia da vontade da mulher, ou mesmo do homem, não pode decidir sobre a autopossessão do nascituro, mesmo que sua autonomia da vontade esteja circunstanciada nos limites da placenta.

Palavras-chaves: Direitos Humanos; Bioética e Biodireito; Direito à vida; Aborto; STF.

Sumário: I. Introdução; II. Liberais e conservadores; III. Religiões, Ciências e Vontades na Democracia; IV. Análises entre autopossessões dos proprietários, o dono de hospital e a mulher grávida; V. Biodireito e Bioética. O valor da vida e seu direito no "Cilindro da Vida"; VI. Considerações Finais.

I. Introdução

Sexta-feira (04/08/2018), data importante para o Brasil, a audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre

descriminalização do aborto. Segunda-feira (06/08/2018), a nova ética no Brasil.

Na sociedade brasileira: de um lado, pró-aborto; de outro, contra o aborto. No "contra", o direito do feto à vida, o Estado não deve "incentivar" o aborto. No "pró", autopoção e autonomia da vontade da mulher, condições neurológica e física do feto, doenças congênitas ou hereditárias, o Estado não deve se intrometer na decisão da mulher.

Se o Estado diz "Não!" ao aborto, seguramente é possível dizer, não há liberdade; há ditadura, utilitarismo. Se o Estado nada diz "sim" ou "não", neutralidade; não há ditadura, utilitarismo. A partir do momento de o Estado dizer "Não!", qual o motivo real? Aumentar mão de obra, aumentar natalidade diante do envelhecimento populacional? Natalidade e mão de obra, a natalidade garante mão de obra. Não quer dizer que idosos não possam trabalhar, mas, de certa maneira, quem tem mais tempo de vida, o idoso ou jovens? Depende da ausência ou precariedade no saneamento básico, o nível de violência urbana, dieta diária, alimentos in natura, com ou sem agrotóxicos, ou processados e, pior, ultraprocessados, acesso ao sistema de saúde, público ou privado — neste último, quem tem dinheiro para arcar com as despesas médicas e hospitalares; quanto ao público, suas reais condições de eficiência na prestação de serviço. Não menos importante, o nível de corrupção, visível e invisível, e que tipo de corrupção a sociedade entende como nociva, caso contrário, o tipo de corrupção pode ser considerado como normose.

A descriminalização do aborto garantirá redução do aborto? Não! Com ou sem criminalização, abortos acontecerão. À questão da descriminalização, mulheres não serão condenadas (art. 124, do CP), muitos menos quem auxiliam-nas na prática abortiva (arts. 126 e 127, do CP). Métodos contraceptivos são eficientes (100%)? Não! E as Indústrias, não todas, mentem — recomendo assistir *Operação Enganosa*, no Netflix.

Num momento de pulsões, "aqui e agora", pulsões arrebatadoras, de ambos, homem e mulher pensarão em método contraceptivo? Não! A possibilidade de gravidez. De quem é o (a) filho (a)? De ambos, homem e mulher. Materiais genéticos diferentes. Cada qual "contribuiu", no caso de

não planejamento, com a gênese da vida orgânica. O corpo é da mulher, assim como seu útero, dentro do útero, um "herdeiro", caso a gestação prossiga com as devidas recomendações médicas — evitar de usar drogas lícitas, como cigarro de tabaco, bebida alcoólica, medicamentos farmacêuticos, sem supervisão médica, e drogas ilícitas, como cocaína, maconha, heroína, LSD etc. O "pai" quer o filho, a "mãe" não quer. Quem tem mais direito (autonomia da vontade e autopossessão) de decidir? Se a mulher quer ter, mas o pai não quer, cadê a proporcionalidade e decidir sobre ter ou não ter? O homem, por motivos pessoais — quer terminar o nível superior; não tem muito dinheiro para garantir condições de vida digna para o herdeiro filho; está desempregado —, não quer ser "pai". Qual o poder de escolha (autonomia da vontade e autopossessão) de o homem ser ou não ser "pai"? Nenhum!

II. Liberais e conservadores

No caso do Brasil, liberais e conservadores, conservadores liberais (liberal na economia, conservador nos costumes). Sendo o Estado liberal, não se tem Sistema Único de Saúde (SUS). Homens e mulheres, crianças, adolescentes e idosos terão que pagar por tratamento médico, custas hospitalares. Numa sociedade extremamente desigual, quem terá acesso à saúde curativa e, principalmente, preventiva? Sem SUS, e, p. ex., a distribuição de preservativos, cidadãos na miséria ou entre miséria e mínimo existencial, terão dinheiro para comprar preservativos? Alguma Organização Não Governamental (ONG) poderá distribuí-los "gratuitamente"; outra ONG poderá garantir método contraceptivo cirúrgico, para não engravidar. O gargalho! Quem está no patamar "miséria", qual liberdade terá em querer ou não querer gerar prole? Uma vez feita a cirurgia, irreversível, a pessoa "miserável" jamais poderá ter prole própria, somente através de adoção. Quem está no patamar "não miserável", tem liberdade de escolha, gerar prole ou não. Em ambos os casos, "miserável" e "não miserável", a liberdade de querer ou não prosseguimento da gestação de feto com possível doença. O "não miserável" — não está no patamar "miseráveis" ou "semimiserável (entre miséria e mínimo existencial) — terá a única certeza, não ter filho (a), ou mais filhos (as), é a solução: por não ter condições de dar dignidade (alimentação, abrigo, segurança, escolaridade, saúde etc.). Quem terá

direito ao Direito Natural à autopossessão e a autonomia da vontade, o "miserável" ou o "não miserável"?

Pois bem, "negras, jovens, solteiras e pessoas que só têm ensino fundamental" são as que mais morrem no Brasil.

- a) Mulheres negras não têm conhecimentos sobre os procedimentos perigosos do aborto por pseudoespecialistas? Ou, por questões seculares de *apartheid* brasileiro, os afrodescendentes não puderam ascender socioeconomicamente?
- b) Os jovens, por não terem condições de controlarem suas pulsões "aqui e agora", principalmente pelo uso de drogas lícita ou ilícita?
- c) Ensino fundamental determina maior quantidade de abortos pela baixa escolaridade?

Soluções:

- a) Ensinar às mulheres negras sobre os perigos de fazerem o aborto com pseudoespecialistas, isto é, profissionais não capacitados para tal prática. Garantir aos afrodescendentes, pelas ações afirmativas e/ou pelas participações de grupos civis (civismo; art. 3º, da CRF de 1988) acesso às instituições de ensino; dos grupos civis, o aprendizado gratuito preparatório para vestibulares, concursos etc. Empresas contratando mais afrodescendentes;
- b) Educação sexual nas instituições educacionais. Educação sexual pelos pais, nas instituições de acolhimento aos jovens. Empresários comprometidos com a Nova Ética, os Direitos Humanos. Empresários, das indústrias tabagista e de bebidas alcoólicas não devem persuadir os jovens de que usar tais substâncias deixará os jovens "fortes", "belos", "inteligentes", "atraentes". Muitos jovens, atualmente, consomem litros e mais litros, em único dia, para se "divertirem". Não adianta "Beba com Moderação" quando as publicidades, usando de psicologia comportamental — recomendo assistir *O Século do Ego*, disponível no YouTube — exploram as pulsões, as dúvidas existenciais dos jovens;
- c) Se o problema é baixa escolaridade, que se criem políticas públicas, ou participações de civis, para elevar as escolaridades dos jovens.

Independentemente da elevação da escolaridade, que demora, educação sexual e os perigos da associação “drogas e diversão” deve ser parte primordial do desenvolvimento dos jovens.

- d) Independentemente da etnia, acesso à educação, à saúde. Não somente acesso, acesso e eficiência na prestação dos serviços públicos. Menos corrupção, a ética como princípio existencial aos agentes públicos e aos não agentes. O que responderia Kant? "O que torna uma ação moralmente valiosa não consiste nas consequências ou nos resultados que dela fluem. O que torna uma ação moralmente valiosa tem a ver com o motivo, com a qualidade da vontade, com a intenção, com as quais a ação é executada. O importante é a intenção.";
- e) Menos corrupção, desenvolvimento, principalmente na área econômica. Menos desperdícios de dinheiro público. Empregos, o aborto será uma escolha, não uma necessidade;
- f) Maior controle sobre poluições. Pesquisas apontam que o uso exagerado de agrotóxicos pode causar má formação fetal (1), assim como poluição em geral (2).

III. Religiões, Ciências e Vontades na Democracia

Há a “bancada evangélica” contra o aborto, conjuntamente com cidadãos católicos, no Congresso Nacional. Na esteira contra o aborto, kardecistas, umbandistas etc. Sendo representantes, eleitos democraticamente pelo povo, caberia aos congressistas decidirem pela descriminalização ou não descriminalização do aborto, com participação popular. A participação popular se faz por (LEI Nº 9.709, DE 18 DE NOVEMBRO DE 1998): plebiscito (art. 2º, § 1º), referendo (art. 2º, § 2º) ou iniciativa popular (art. 13).

Há discussões sobre plebiscito e referendo. No plebiscito — “convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido” — , o povo, por não ter conhecimento específico sobre determinada matéria, poderia, e pelas perguntas generalizadas, votar erroneamente. No referendo — “convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição” — , o povo votaria em questões já aprovadas pelos congressistas, ou seja, os

congressistas sabem o que é melhor para o povo; resta saber, pela quantidade de congressistas contra o aborto, quais seriam os conteúdos do referendo.

Na iniciativa popular, necessário "no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles". Se a maioria do povo for contra o aborto, temos um utilitarismo "antiaborto". Se a maioria decide pelo aborto, temos "pró-aborto", mais um utilitarismo. Há diferença fica por conta da liberdade individual, de abortar ou não, pela autopoção e autonomia da vontade. E por qual motivo usei o termo "utilitarismo" em ambos os casos ("antiaborto" e "pró-aborto")? No final, o nascituro estará regido pela vontade da maioria, extrauterina.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, a descriminalização do aborto. O debate nacional não é feito no Legislativo, com os representantes eleitos democraticamente pelos soberanos (art. 1º, parágrafo único, da CRFB de 1988), porém no STF, através de Ministros (arts. 12, § 3º, inc. IV, e 101, da CRFB de 1988) nomeados pelo presidente da República (art. 101, parágrafo único, da CRFB /1988). Detalhe, pela redação da norma contida no art. 101, parágrafo único, da CRFB de 1988, a escolha de futuro Ministro do STF se faz pelo Senado Federal. Há indicação de futuro Ministro, seguido de escolha, pelo Senado Federal, e, por último, nomeação, pelo presidente da República. Quem pode indicar o (a) futuro (a) Ministro (a)? Tanto faz, senadores ou presidente da República.

Aborto, quem tem decisão sobre vida e extinção da vida? O problema quanto ao momento da vida ainda é muito discutível. O direito à vida é o pressuposto da existência dos direitos da personalidade da pessoa física.

Transcrevo, de dois catedráticos em Direito Civil:

1) GAGLIANO

"DIREITOS DO NASCITURO

a) o nascituro é titular de direitos personalíssimos (como o direito à vida, o direito à proteção pré-natal etc.);

b) pode receber doação, sem prejuízo do recolhimento do imposto de transmissão Inter vivos;

c) pode ser beneficiado por legado e herança;

d) o Código Penal tipifica o crime de aborto;

e) como decorrência da proteção conferida pelos direitos da personalidade, o nascituro tem direito à realização do exame de DNA, para efeito de aferição de paternidade." (GAGLIANO, 201)

2) ASSIS NETO

"A aparente contradição de termos do art. 2º do Código Civil põe em xeque a interpretação literal de sua primeira parte, que há muito está arraigada na doutrina que adota a chamada teoria natalista, pela qual a personalidade civil começa somente a partir do nascimento com vida.

Assim, podemos elencar, basicamente, três teorias que explicam o momento de início da personalidade civil:

- a) Teoria natalista: resulta da interpretação literal do art. 2º do Código Civil, resultando daí que a pessoa natural só adquire direitos a partir do momento em que nasce com vida, embora a lei ponha a salvo esses direitos (futuros) desde a concepção. Dentre outros, podemos citar, como adeptos dessa teoria os ilustres Sílvio Rodrigues, Sílvio Venosa e, com ressalvas, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho;*
- b) Teoria concepcionista: sustentada, dentre outros, por Clóvis Bevilacqua, Silmara Chinelato e Almeida, Cristiano Chaves de Farias, Nélon Rosendal, Carlos Roberto Gonçalves e Francisco Amaral Santos, a teoria concepcionista supõe que a personalidade jurídica da pessoa natural começa a partir da concepção, donde resulta concluir que, uma vez adotado, tal sistema afirma que o nascituro, ainda antes de nascer, já adquire direitos;*
- c) Teoria da personalidade condicionada: aqui, considera-se que o nascituro tem personalidade desde a concepção, mas se*

trata de personalidade sujeita a uma condição suspensiva, qual seja, o nascimento com vida. É, de fato, uma condição, pois o nascimento com vida, é evento futuro à concepção e incerto, pois a gestação pode ser interrompida por fatores diversos ou o feto pode, ainda, nascer morto (natimorto) hipótese em que, não implementada a condição, não adquiriu personalidade, muito menos direitos e obrigações. São adeptos desta linha, dentre outros, Arnaldo Wald, Serpa Lopes.

À exceção da teoria concepcionista, qualquer dos dois outros sistemas adotados implica em que o nascituro, enquanto ainda não nascido, não adquire, de fato, direitos; se chega a nascer com vida, ainda que viva poucos minutos ou segundos, adquirirá direitos, como no exemplo dado por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona: "se o recém-nascido — cujo pai já tenha morrido — falece minutos após o parto, terá adquirido, por exemplo, todos os direitos sucessórios do seu genitor, transferindo-os para sua mãe. Nesse caso, a avó paterna da referida criança nada poderá reclamar".

Por outro lado, embora o Código pareça, efetivamente, ter refutado a teoria concepcionista, não há como negar que o nascituro adquire, de fato, vários direitos, principalmente os chamados direitos da personalidade (basta lembrar o direito à vida, já que o aborto é crime tipificado pelo Código Penal), mas também tem outras prerrogativas, como a de receber doação (Código Civil, art. 542), legado ou herança, cujo quinhão, com a nova redação do CPC, deverá ficar reservado em poder do inventariante até o seu nascimento (CPC, art. 650), do direito ao reconhecimento da filiação (CC, art. 1.609, parágrafo único) e, ainda, suplemento financeiro para garantir a sua subsistência na vida intrauterina, garantida pela Lei 11.804/08 (lei dos alimentos gravídicos).

O Supremo Tribunal Federal, todavia, adotou, de certa forma, a teoria natalista, ao julgar a ADI 351 O/DF, quando, pelas palavras do Ministro Aires Brito, afirmou que

'o Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional").'

Portanto, só com o início da personalidade é que se confere ao indivíduo os atributos básicos como nome, estado, domicílio, capacidade (de aquisição e exercício de direitos) e a fama. " (ASSIS NETO, 2017, p. 110 e 111)

IV. Análises entre autossessões dos proprietários, o dono de hospital e a mulher grávida

1) Hospital

O proprietário, pelo seu direito natural, não pode ter este direito limitado pelo Estado. Pela filosofia libertária, é coação do Estado quando este interfere na livre negociação, entre fornecedor e consumidor, na liberdade do fornecedor de confeccionar o contrato e suas cláusulas.

O proprietário do hospital, pela filosofia libertária, pode exigir cheque-caução, pode, ainda, pela quebra do contrato, quando o consumidor não honra (\$\$) com o pagamento em dia, e se previsto em contrato, expulsar o paciente consumidor do hospital. Por quê? Pela autossessão e a autonomia da vontade, o proprietário do hospital, por ser esta uma propriedade privada, pode decidir: qual etnia será atendida; qual etnia trabalhará no hospital; na esteira, LGBT ou não LGBT. Paciente consumidor deixa de honrar (pagar) o boleto. O limite, de cinco dias, expirou. A família não tem como pagar. O proprietário do hospital tem despesas, devendo honrá-las em dia: folha de pagamento, com os profissionais da área de saúde, com os profissionais da área de limpeza, com os fornecedores de materiais hospitalares.

Assim, o proprietário do hospital pode exigir imediata remoção do paciente, ex-consumidor, melhor dizer ex-cliente, de dentro do hospital.

2) Mulher

A mulher também, pelo direito natural, possui autonomia da vontade e autopoção. Ela quem decide sobre engravidar ou não; caso fique grávida, pela autonomia da vontade, a escolha pessoal de abortar ou não. A mulher tem contas para pagar, os credores não querem saber se ela tem família ou não; cada credor não quer saber quantos credores receberão suas importâncias (\$\$), cada qual quer o seu quinhão, pois cada qual forneceu serviços e produtos. Sem o Estado social, a mulher, caso não saiba, ao certo, quem é o marido, não tem condições de dar condições suficientes para boa gestação, muito menos após o nascimento.

3) Propriedades privadas

Hospital e útero, duas propriedades privadas. O dono do hospital, a mulher. ambos possuem autonomia da vontade, obrigações, quitações de débitos com os credores.

4) Aborto e "aborto"

O hospital. Paciente depende de suporte de vida, pelos equipamentos e pelas atuações dos profissionais da área de saúde. Paciente está inconsciente, por mais de dois meses.

Grávida. Em seu útero, uma vida em formação, dependente da vida da própria grávida. O útero oferece segurança, nutrientes pelo cordão umbilical. Em decisão, o STF descriminalizou o aborto, até a 12ª semana.

Nas redes sociais, até o terceiro mês de gravidez, o "feto não sente dor". Partindo dessa consideração, e pela autonomia da vontade e autonomia privada, quando o proprietário do hospital resolve "abortar" o ex-cliente, por deixar de honrar (\$\$) o pagamento em dia — o hospital dá condições de o paciente, inconsciente, sobreviver, sejam pelos equipamentos de suporte de vida e pelas atuações dos profissionais da área de saúde; e, claro, os fornecedores de soro, medicamentos etc. —, não está cometendo crime. Se o ex-cliente possui Síndrome de Riley-Day, por não sentir dor, é possível considerar a sua expulsão do hospital, por não ter condições de honrar (\$\$) o seu compromisso, pagar o boleto.

Qual a ética, nestes dois casos? De que o proprietário, com maior poder de decisão, sobrepõe o direito natural de outra pessoa.

V. Biodireito e Bioética. O valor da vida e seu direito no "Cilindro da Vida"

Imagine que exista o *Cilindro da Vida*. Nesse artefato tecnológico é possível gerar vida humana, sem necessidade de gametas masculino e feminino. Tudo é possível graças à engenharia genética. A seleção artificial é praticada há muito tempo, cito, por exemplo, o mais famoso, a seleção artificial dos espartanos (a.C.). A seleção natural sempre coexistiu com a seleção natural, mesmo na aurora humana.

Vida eterna, retorno após a morte do corpo físico. Fatos históricos encontrados em antigas civilizações. Egípcios, astecas e outros povos acreditavam na vida após a morte, no retorno (reencarnação) do falecido à vida material. A ciência humana tenta explicar casos inexplicáveis, como de pessoas em coma por anos e, de repente, o sair do coma.

O Cilindro da Vida pode parecer uma invenção, sem precedentes, irracional e fantasiosa deste articulista. Se analisarmos antigas civilizações e seus métodos de construções, de tratar doenças e de até preveni-las, é possível verificar que houve aperfeiçoamento nos métodos, muito pouco de invenção extraordinária. Os egípcios, por exemplo, faziam cirurgias cerebrais, tinham contraceptivo masculino, escova dental. Misturavam-se ciência e religião. Com o rompimento do Estado com a Religião, pelos pensamentos filosóficos ao longo do desenvolvimento humano, a ciência não mais era compatível com conceitos puramente sobrenaturais, empíricos. O tubo de ensaio e, principalmente, o microscópico, passaram a ditar a ciência da verdade. Nada de superstições, crendices. o *Homo Sapiens Sapiens* deveria ser racional, deixar de lado o medo do sobrenatural.

A Revolução Científica trouxe novas descobertas, o rompimento da ciência racional com a ciência das superstições, do sobrenatural. E com ela surgiu preconceitos a qualquer forma terapêutica que não fosse comprovada através de microscópicos, tubos de ensaios — pensar que mesmo diante de Ciência Racional, quem discordava dos catedráticos,

deuses mitológicos racionais, era chamado de curandeiro, charlatão. A História dos Cientistas Malucos prova que única verdade cabível ao ser humano é a sua própria arrogância de querer ser onipotente e onipresente. Ervas, shiatsu, acupuntura, moxabustão? O ocidente considerava todas essas práticas como medicina dos tolos. Homeopatia, pasmem, ainda é considerada como água com açúcar.

O que é o Cilindro da Vida? É um ambiente capaz de gerar vida seja de animal não humano ou humano. Não há necessidade dos gametas, naturais, de mulher ou homem. Tudo é produzido artificialmente em laboratório. Quer ter filho (a) com olhos azuis, pele clara, cabelos loiros encaracolados — um anjinho da Terra —, basta escolher e, claro, ter dinheiro. Quer um filho negro atlético? A empresa de biotecnologia A Nova Gênese consegue realizar sonhos. Não há mais necessidade de útero, ovário, trompa, pênis — e os fluídos corporais contendo gametas. A Nova Gênese tem métodos capazes de dispensar o método, antiquado, dos avós. A nova geração, pela sua autopossessão, pela autonomia da vontade, pelo milagre tecnológico, agora pode escolher quando quer ter prole, quais as características genéticas.

Casal ainda não conseguiu estabilidade financeira para custear o desenvolvimento do filho (a) amado (a) — alimentação, fraldas, visitas ao pediatra, educação em instituição de ensino etc. Na Nova Gênese, o pai, ou a mãe, ou os pais, sejam eles heterossexuais ou LGBTs, podem programar o desenvolvimento do (a) amado (a) filho (a). Mais além. Digamos que, por hora, não existe nenhuma tecnologia de melhoramento genético capaz de proporcionar erradicação das doenças — analisando o surgimento das superbactérias e o sonho fracassado dos antibióticos, como cura para tudo; e aplicando a Teoria da Seleção Natural —, mas existe a nanotecnologia. Através da nanotecnologia, caso alguma doença surja, mesmo após a prévia seleção genética, é competente para evitar o desenvolvimento da (s) doença (s). A filho tem cinco anos de idade, pela aplicação da medicina preventiva, o médico de família diagnóstica desenvolvimento de tumor cerebral. A nanotecnologia entra em ação, o tumor é impedido de se desenvolver.

Quais os benefícios do Cilindro da Vida?

- a) Homem e mulher não dependerão um do outro para ter filho (s) ou filha (s), já que é possível escolher o sexo;
- b) Questões judiciais, contemporâneas, de "De quem é o filho?" desaparecerão. O filho é de quem se dirigiu à empresa e contratou os seus serviços;
- c) O homem terá a sua autonomia da vontade. Se quer ter filho (a), não dependerá de qualquer mulher. Por analogia, a mulher não dependerá do homem para ter seu material genético (gameta) para ter filho (a). Ou seja: pagou, levou;
- d) Se existir alguma crise econômica, e o (a) contratante não puder continuar com o pagamento aos serviços da empresa, a empresa poderá descartar o feto. Por quê? A empresa detém o direito de patente. É uma vida, mas artificialmente gerada, todo material genético é artificial. Logo, não é material genético natural. Se há crença de que há vida em um feto gerado naturalmente, e que este feto tem alma, o feto gerado artificialmente não tem alma, pois se o homem, através de sua inteligência criou uma vida, então está desvinculado, o feto, do Poder do Criador;
- e) Se o feto é gerado artificialmente, por essa tecnologia, não se pode falar em aborto. Aborto é associado ao aparelho reprodutor humano, não importa se mulher heterossexual, se transgênero (mulher que mudou sua condição morfologia feminina para a morfologia masculina, mas não fez transgenitalização ou redesignação genérica ou sexual, comumente chamado de mudança de sexo (genital);
- f) Planejamento familiar e liberdade sexual — A pessoa, ou casal, poderá escolher quais característica terá o (a) filho (a) amado (a): a cor dos olhos, dos cabelos, da altura, porte atlético ou não, e outras escolhas conforme os avanços biotecnológicos. Em relação à vida sexual, quando quiser, sem receio ou medo de gravidez indesejada, risco de Doença Sexualmente Transmissível (DST). Nova substância para planejamento familiar. O homem não precisará fazer cirurgia, como vasectomia, a mulher fica livre dos efeitos colaterais como aumento de peso corporal, espinhas, alteração de humano. Na contemporaneidade, as relações humanas são diversas, assim como os comportamentos sexuais. Os relacionamentos afetivos, como o monogâmico e o poliafetivo, os relacionamentos puramente sexuais

(viu, gostou, acordos; é festa). Vamos chamar tal substância de PFLS (Planejamento Familiar e Liberdade Sexual). Querendo ou não, o Cilindro da Vida servirá para os relacionamentos "só nós", seja monogâmico (monoafetivo) ou poliafetivo, ou cada qual é livre e não precisa justificar (sem ciúmes, se possessões; se é possível, em se tratando de ser humano). Quem pensa que na poliafetividade não há acordo, engana-se. Não há mentiras, cada qual é livre para fazer o que quiser, desde que todos concordem o comum acordo;

- g) Filho (a) sem preocupação de quem é o pai, a mãe — Até o momento deste artigo, a normalidade da concepção da vida humana, mesmo que hajam técnicas inovadoras, como fertilização artificial, banco de gametas, ainda assim, o material genético, necessariamente, depende dos seres humanos (doadores). A gestação depende de aparelho reprodutor biológico natural. Há discussões contemporâneas sobre o sigilo aos doadores de gametas e o direito de saber quem é realmente o doador (a), ou barriga de aluguel. Existindo o Cilindro da Vida, nova mentalidade surgirá na sociedade. Vejam que é possível criar um mito capaz de mudar outro mito. Até a primeira metade do século XX, quem pensaria em clonagem de animal não humano? Somente os sonhadores, assim pensavam os seres humanos "com os dois pés no chão". Robert Edward, considerado um dos pais do primeiro bebê proveta, é contra a clonagem humana. Ou seja, há possibilidade de clonar; e por que não dizer possibilidade de criar um novo ser sem clonagem? Da Nova Gênese (a artificial ou criação humana), com o tempo, possivelmente, as concepções naturais seriam diminuídas, ou mesmo extintas. As crianças geradas pelo Cilindro da Vida, dentro da nova cultura humana, não estariam preocupadas em saber "Quem são os meus pais?", porque seria irrelevante. Por exemplo, a geração atual desconhece o que é fax, máquina de escrever, gravador de VHS. Se há benefícios, bem maiores, na gestação pelo Cilindro da Vida, a gestação normal deixaria de existir, ou pelo menos, diminuiria. Pensemos, em pleno início do século XXI a virgindade prevalece sobre não ser virgem? Ser virgem neste século é "anormal", é fruto de dogmas religiosos — asseveram quem é contra as religiões. Por analogia, os filhos gerados por processo natural serão considerados

"estranhos", "anormais", enquanto os filhos gerados pelo Cilindro da Vida serão "normais" e politicamente correto. Nesse diapasão, os filhos gerados pelo Cilindro não sofreriam traumas, angústias existenciais — a não ser que a empresa estivesse cometendo algum crime; assim, o ser gerado pela empresa seria "filho de peixe, peixinho é". Nasceria uma nova eugenia?

Se o Cilindro da Vida é o novo meio de gerar vida, se não há mais abortos (naturais), o "aborto" artificial não pode ser criminalizado. A humanidade ingressa num bico de sinuca, pois o que é vida, quem tem direito de decidir sobre a existência de uma vida? A vida orgânica pode ser comercializada no sentido de sociedade de consumo? Vejamos, serei redundante, em alguns momentos:

- a) Autopossessão, autonomia da vontade e ser humano de consumo — O ser humano, gerado pelo Cilindro, é uma escolha pessoal do contratante. Todo processo de fabricação do novo ser humano é artificial. A empresa detém o direito autoral pela sua invenção. O desligamento do suporte de vida ao desenvolvimento fetal, no Cilindro, por inadimplemento do contratante, não é crime: não há complicações para o organismo feminino, ou masculino, no caso de implante de aparelho reprodutor. O feto, artificialmente gerado, não possui alma, quando se analisam as crenças milenares, já que não existia o Cilindro da Vida;
- b) As leis contemporâneas em relação ao aborto — as leis contemporâneas se baseiam: a) nos sentimentos. Sentimento da barriga de aluguel, dos doadores, da mulher estuprada; b) no desenvolvimento do Sistema Nervoso Central (SNC) no feto (sentir dor); c) no risco de vida para a gestora; d) má formação do feto, como no caso de anencéfalo. Ora, logicamente, ou possivelmente, pelo desenvolvimento biotecnológico presente no Cilindro, o SNC pode se desenvolver, mas ser desativado (não transmitir os impulsos), enquanto o feto se desenvolve. O SNC só é ativado quando há o "nascimento" — saída do Cilindro. Outra hipótese, mesmo após o "nascimento", o nascituro tem funcionamento somente de seu metabolismo basal, como se estivesse em coma. Pelo uso da biotecnologia do Cilindro, quais leis jurídicas,

contemporâneas, seriam aplicadas para criminalizar qualquer violação aos direitos humanos do feto, do nascituro? Início de século XXI. Se há imoralidade, por crença religiosa, em qualquer tipo de aborto, mesmo assim não é fator decisório na questão do aborto (ruptura entre Religião e Estado), se há conduta antiética, em questão de Biodireito e Bioética, nos casos atuais (direito da mulher à autoporessão, à autonomia da vontade versus direitos à vida intrauterina e extrauterina) — prejuízos psicológicos para a mulher, dor ao feto, os direitos pós-parto e desenvolvimento da criança — o ser humano, produto de desenvolvimento artificial, portanto, não há possibilidade de aplicação de qualquer lei vigente no mundo;

- c) Direito autoral, personalidade jurídica — A empresa A Nova Gênese é detentora dos direitos autorais. Ela gastou tempo e dinheiro em pesquisas para criar o Cilindro. Todo processo para gerar vida é artificial, independente de doadores, barriga de aluguel. A empresa não força ninguém para ter filho (a), tem quem quer. A responsabilidade objetiva da empresa é de não cumprir o contrato. Mesmo que haja uma expectativa de o contratante querer, realmente, um filho, mas por alguma circunstância não pode pagar pelo processo de desenvolvimento do feto, nada de natural há no desenvolvimento do feto, todo procedimento é artificial (criar os gametas, fecundação, desenvolvimento fetal etc.). Se o direito autoral é um direito inviolável na atualidade, muito mais será em relação ao Cilindro. Por quê? Porque não viola nenhuma lei (ver item número "2").

Eis os imensos desafios para a Bioética e o Biodireito. É necessário, o mais rápido possível, já que a ciência é mais rápida do que as leis (discussões, votações, vetos, reformulações, promulgações, decisões judiciais), a humanidade repensar sobre vida, Direito, Mercado.

- 1) O que é a vida?
- 2) Quem tem direito à vida?
- 3) Ideologias próprias versus criação de nova vida.
- 4) A autoporessão de um ser adulto versus a autoporessão de quem está se desenvolvendo.

- 5) As diferenças entre vida natural e vida artificial, e os direitos de cada tipo de vida. A vida artificial terá mais ou menos valor que a vida natural? E vice-versa.
- 6) A vida como valor de mercado versus ética.
- 7) Gerar vida pelos padrões naturais será crime?
- 8) Não existindo Estado Social, o Cilindro da Vida será acessível a todos os seres humanos?
- 9) Razão versus sentimentos, até que momento os sentimentos não prevalecerão?
- 10) Ciência e Mercado, a vida humana será regida, tão somente, por cálculos matemáticos de ter ou não filhos?
- 11) Os filhos gerados naturalmente serão discriminados, pelo mercado de trabalho, pela sociedade em si?
- 12) Os filhos gerados artificialmente serão privilegiados, pelo mercado de trabalho, pela sociedade em si?
- 13) Contemporaneamente, as cirurgias plásticas estéticas e as silhuetas padronizadas por exercícios físicos ditam padrões de beleza, de saúde, de felicidade. Quais os tipos (características) de felicidades devem ter o novo ser humano?
- 14) A nanotecnologia como fator de aperfeiçoar o corpo humano. E quanto à nanotecnologia capaz de aperfeiçoar o caráter e a personalidade humana? Quem ditará, escolherá o tipo de caráter, personalidade "sadia", "moralmente benéfica"?

VI. Considerações Finais

Em quaisquer dos casos, "antiaborto" e "pró-aborto", o nascituro depende da decisão utilitarista extrauterina do custo-benefício. Resta saber quem será beneficiado pelo custo-benefício, pela decisão no Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 442, por decisão no Congresso Nacional, com consulta (referendo, plebiscito) ou vontade popular (iniciativa popular). Quanto "quem vai ser herdeiro ou não", dependerá da vontade da mulher, assim como exigir alimentos gravídicos etc. Ao homem, heterossexual, por não gerar vida dentro de si, a menos que se implante um útero, nenhuma decisão sobre planejamento familiar: a decisão final será da mulher. Talvez o *Cilindro da Vida* possa resolver o imbróglio; homens e mulheres, heterossexuais e LGBTs, decidirão, por suas autonomias e autopoessões, quando quiserão

prole (s). Mesmo com a possibilidade do conforto e praticidade do Cilindro da Vida, ainda assim, a vida estará nas mãos dos seres humanos fora do *Cilindro*.

Seja qual for a decisão pela vida intrauterina, a decisão ao direito à vida estará nas mãos dos seres humanos com vida extrauterina. Qual será a nova ética?

A DECADÊNCIA DO TEXTO E DO DISCURSO JURÍDICO FRENTE AO JUDICIÁRIO DO SORTILÉGIO

LUIZ FERNANDO VAZ CABEDA: Desembargador integrante do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, inativo, com estágio na Escola Nacional da Magistratura da França, Seção Internacional, e autor de "A Justiça Agoniza, Ensaio sobre a perda do vigor, da função e do sentido da justiça no Poder Judiciário" (1998) e de "A Resistência da Verdade Jurídica" (2011, no prelo).

Resumo: O texto e o discurso jurídico declinam em sua efetividade em face do comando judicial interpretativo, quando a norma jurídica é constituída, no julgamento dos casos mais emblemático, em desacordo com a sistematização de que eles seriam os melhores portadores.

Sumário: 1. Introdução; 2. O paradigma de uma boa análise; 3. O voluntarismo e a precariedade da justificação; 4. O colapso da autoridade judicial; 5. Não existe um sistema autocorretivo nos tribunais; 6. Porque o texto e o discurso jurídico não portam mais o conhecimento do Direito que é aplicado; 7. Conclusão: o esgotamento de um modelo.

1. Introdução

Deixemos de lado, desde logo, os textos de exposição de matérias jurídicas que parecem transcrições de aulas temáticas destinadas a preparação para concursos, ou correspondem a uma abordagem dita "especializada", que pululam em vídeos da internet e habitam também, com surpreendente frequência, a TV Justiça.

Tais redações fazem o sucesso de sítios eletrônicos focados na vulgarização, mas se mostram incapazes de analisar os *fenômenos de mudança* dos parâmetros, de épocas, de procedimentos, bem como de sistematizar o direito positivo inflacionado com regras abruptas, que é desmentido ou infirmado por interpretações novas, não raro estabelecidas contra tudo o que se entendia até então.

Compreensão da dogmática jurídica é, em tais escritos, um processo doloroso de descida ao que está recôndito demais para ser exposto. É como devassar uma intimidade.

Então a vulgarização abandona o que é ignorado, não faz nenhuma tentativa de entender as razões do mundo ignoto em que não penetra e aposta tudo na resposta esquemática, como se sempre estivesse procurando achar a 'resposta certa'.

2. O paradigma de uma boa análise

FIQUEMOS, assim, com os melhores textos, os mais profundos, os que merecem a classificação de analíticos, como os de autoria do professor de Direito Constitucional da USP Conrado Hübner Mendes, hoje colunista da revista Época.

No início de 2018 esse autor sacudiu a desorientada crítica jurídica publicando na coluna "Ilustríssima Conversa", que então se inaugurava no jornal Folha de S. Paulo, o artigo sob o título "Na prática, ministros do STF agriquem a democracia" (FSP, 28.01.2018).

A editoria do jornal publicou, como introdução, o seguinte:

"Resumo: Professor de direito constitucional da USP faz duras críticas ao STF. Afirma que a corte, numa espiral de autodegradação, passou de poder moderador a poder tensionador, que multiplica incertezas e acirra conflitos. Explicações para isso se encontram na atuação de ministros e no desarranjo de ritos e procedimentos."

Trata-se de uma abordagem radicalizada (que desce à raiz) acerca do mau funcionamento da nossa principal corte, quer pela sua atuação crescentemente errática, quer pelo alto grau de desempenho individual dos ministros em busca de protagonismo, situações que criam um desanimado coletivo em que se manifestam somente caminhos paralelos e alianças de ocasião.

O artigo de Hübner repercutiu intensamente.

Seus temas foram comentados na imprensa aberta e em publicações temáticas.

Falou-se mesmo do seu efeito “rumoroso”.

Tanto foi assim que o jornal FSP convidou o ministro Roberto Barroso para respondê-lo, o que este fez em 23.02.2018 com outro artigo intitulado “‘Operação Abafa’ tenta barrar avanços no STF”, despropositado até no título, uma vez que inspirado em alguma teoria da conspiração (que, como outras parecidas, não se sabe de onde vem).

Barroso foi também infeliz porque, depois de fabricar – no julgamento de embargos infringentes (Regimento Interno do STF, art. 333) pelo Pleno do Supremo, em 4.02.2014, que absolveu oito condenados no processo do ‘Mensalão’, incluindo aquele que havia sido tido como o chefe do esquema, José Dirceu, na decisão condenatória anterior – a ‘teoria’ do “quociente de penas” e do “ponto fora da curva”, sob as censuras severas de Joaquim Barbosa, sustentou no artigo aludido o “papel iluminista” do STF.

ORA, nada seria mais despropositado, primeiro porque não vivemos na época do Iluminismo, nem em outra assemelhada a ele, tanto pelo grau de ruptura com o *ancien régime* como pelo de proposição de novas concepções de vida social (que hoje não existem); segundo, porque o Iluminismo foi um movimento de pregação dos valores científicos sobre os da ‘crença’, inspirados em Francis Bacon, a quem os iluministas dedicaram a elaboração da sua Enciclopédia; terceiro, porque Hübner descreveu formas de atuação do Supremo, com o predomínio de concepções mutantes e voluntaristas, que levaram antes à obscuridade do que à luz de um sistema de conhecimento novo.

QUANDO foi julgada a Ação 470, conhecida como o processo do ‘Mensalão’, os ministros Cesar Pelluso e Aires Brito haviam votado pela condenação. Eles foram atingidos pela aposentadoria compulsória e substituídos por Teori Zavaski e Roberto Barroso que, como bons pagadores de promessa por sua nomeação no Governo Dilma, constituíram nova maioria por ocasião do julgamento do agravo regimental, formando o placar de 6x5 pela absolvição de oito réus do crime de formação de quadrilha.

Todavia, não escapa ao entendimento mediano das coisas do Direito que jamais poderia haver a completa segmentação delitiva do pagamento de propina a parlamentares, com verbas retiradas da publicidade superfaturada de órgão oficiais, se não houvesse um comando, a atribuição variada de tarefas e uma complexa rede de agentes e operadores, tudo tipificando às escâncaras o crime de formação de quadrilha.

Barroso, por fim, em seu artigo – largamente criticado por ser pretensioso e derivativo – não respondeu nada do exposto no texto de Hübner.

3. O voluntarismo e a precariedade da justificação

Pouco depois, o professor Conrado Hübner Mendes passou a ser colunista da revista *Época*. Ali em seguida produziu outro texto, apropriadamente classificável como magistral, enfocando a atuação do ministro Gilmar Mendes (“Um juiz de princípios”, 17.05.2018, com o subtítulo “Decisões de Gilmar são previsíveis, mas essa previsibilidade não tem relação com segurança jurídica, como se pede a um bom juiz”).

Poucos textos jurídicos respondem tão bem à ironia defendida, como abordagem das situações irrisórias da nossa existência, por Machado de Assis em seu conto “O Medalhão”.

Na verdade, Hübner descreve a atuação de Gilmar Mendes como a de um juiz *sem princípios*, e esta é a segunda e verdadeira leitura de seu título ao artigo.

Mostrando isso, vale a transcrição deste excerto:

“Gilmar Mendes é retrato de uma época. Nenhum outro protagonista da deterioração da democracia brasileira nos últimos anos teve, sozinho, tamanha onipresença nos eventos que importam para contar essa história. Nenhum movimento significativo do xadrez político nacional foi dado sem sua assessoria. Quando Luis Roberto Barroso lhe confessou que “V. Ex^a. é um constrangimento para o STF”, expressava

mal-estar que transcende o tribunal. É também constrangedor, para um professor de direito, escrever repetidas vezes sobre um mesmo personagem. À medida que seu grau de malignidade volta a subir, contudo, não custa alertar para o perigo de sua normalização: no momento em que o padrão Gilmar se tornar o novo normal, já teremos cruzado o ponto de não retorno." (...)

Mais adiante, Hübner expõe o estado de inércia que o STF cultua em seu *reino intocável* onde, não obstante, reside o seu declínio:

"Restam outras facetas. Uma delas é a do juiz-empresário: se a Constituição veda a juízes exercer outra atividade, exceto uma de magistério (art. 95), como pode um juiz ser sócio de empresa de ensino? Como pode a empresa do ministro prestar serviços (sem licitação) a governos de todos os níveis e receber patrocínios (alguns ocultos) de grandes empresas, todos com ações no STF? Como pode esse juiz negociar patrocínios (com Joesley Batista, por exemplo)? Como pode se ausentar de sessão do Supremo para participar de evento da empresa? Como pode a presidente do STF silenciar?"

O artigo conclui com o ingrediente que o autor acrescentou aos seus textos, marcando-os idelevelmente, – a coragem:

"No ano em que o livro "Coronelismo, Enxada e Voto", clássico de Victor Nunes Leal, talvez o maior ministro da história do STF, completa 80 anos, Gilmar lhe presta homenagem involuntária. Difícil medir o mal que faz à corte e a irresponsabilidade do colegiado que o tolera."

Todavia, se fossem (ou vierem a ser) focadas as atuações dos ministros Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, bem como as metamorfoses acometidas ao já morto Teori Zavaski e ao citado Roberto Barroso, o

resultado será apenas um pouco menos estarrecedor do que o *exame de caso* de Gilmar Mendes, com a nota significativa de que os dois últimos mencionados – depois de um começo desastroso, e quem sabe por causa dele – voltaram a prestigiar com mais coerência o sistema legal, evitando vulnerá-lo com interpretações pró-crime.

A ‘consciência súbita’ que acometeu Barroso e Zavaski parece estar expressa no comentário do último, quando já relator da Operação Lava-Jato no STF: “a gente puxa uma pena e vem uma galinha”.

Em que pese prosaico, próprio do tipo humano de cultura ligeira que o brasileiro trata com malícia como *gringo ilustrado*, esse comentário foi repetido por Herman Benjamin, relator da impugnação da chapa Dilma/Temer no julgamento do TSE. Sinal de que, de fato, o exame das provas dos autos, necessárias para o voto de qualquer relator, mostrou nos dois tribunais sinais tão veementes de crimes que não era mais possível esconder ou tergiversar sobre eles.

4. O colapso da autoridade judicial

Não é à pudicícia da ministra Cármen Lúcia que pode ser atribuído o silêncio da Corte Suprema diante dos devaneios jurídicos de Gilmar Mendes ou a sua ostensiva má conduta funcional. Na verdade, se há alguma situação de vida que justifique a expressão, um tanto retórica mas aqui verdadeira, “eloqüência do silêncio”, tal situação é a do contexto atual do STF, na sua composição, na sua errância, na assimilação deformada do que seja o *ativismo judicial* ou do que signifique *modulação de efeitos* em um sistema que não é o da *common law*.

Por *ativismo* tem sido praticada toda a sorte de voluntarismo, fugindo às regras estabelecidas de interpretação e de fixação da norma jurídica, bem como têm sido supridas lacunas que não existem ou realizadas aplicações extensivas, mesmo diante de um preceito que é restritivo por definição e finalidade legal.

Já a *modulação de efeitos* serve para tudo, como se vê no julgamento sobre a reserva indígena Raposa Serra do Sol, em que tantas condições são estabelecidas em torno do cumprimento do julgado, de tal modo que se

cria um código de procedimento ou de conduta, tal como também acontece com a chamada súmula vinculante das algemas. A modulação é estabelecida como um *intercurso* que, para ser cumprido, exige verdadeira liturgia.

Essa confusão que faz jus ao espírito bizantino, já que temos um sistema constitucional e legal baseado no texto dispositivo explícito, mostra que o Supremo ainda longamente navegará na cabotagem do direito alheio, às vezes conhecido superficialmente. A adoção voluntária da influência americana tem sido trabalhada no melhor estilo das Ordenações e o resultado só poderia ser uma grande fantasia das palavras, em que nada é preciso e todo esforço parece ser feito para construir uma imaginosa alegoria.

É em volta dessa catedral de papel que Gilmar Mendes passeia praticando todos os desvios que lhe vêm à mente e não se pode atribuir somente a Cármen Lúcia a falta de providências a respeito, pois outros presidentes da corte, antes dela, já conheciam esse mundo dos “infortúnios da virtude” que Gilmar frequenta amiúde, e também nada fizeram a respeito.

Também faz silêncio sobre Gilmar Mendes o ministro Marco Aurélio “Protagonista” de Mello, pois já confessou publicamente ter feito lobby para a nomeação de sua filha desembargadora pelo quinto no TRF-2, ainda que jovem profissional inexperiente.

Marco Aurélio, cujo acréscimo ao nome é indispensável pela perseguição compulsiva que faz ao protagonismo pessoal, sem que isso tenha sido suficiente para criar uma tendência interpretativa sua, coerente e respeitável, em que pese seu longo tempo de judicatura no Supremo, também concedeu liminar assegurando aos funcionários do Senado a percepção de ganhos acima do teto constitucional, o que acontece até hoje, em detrimento dos cofres públicos, de modo que fabricou uma oportunidade para Renan Calheiros, quando presidente daquela casa legislativa, posar de defensor da moralidade na administração pública.

Logo ele, multiprocessado por corrupção; mas, no caso, estava certo ao cortar os salários multiplicados indevidamente além do teto.

Marco Aurélio “Protagonista” de Mello age assim: subverte a realidade das coisas pois certamente é partidário de alguma teoria cósmica de que o mundo é mesmo um caos.

Deve ser isso o que entende por “subversão”, certamente tida por ele como um mérito atribuído a outros – e invejado – já que progrediu e mesmo caracterizou sua carreira como servidor da ordem estabelecida, como também serviu-se bastante bem dela.

IGUALMENTE FAZ SILÊNCIO sobre Gilmar Mendes o ministro Ricardo Lewandowski. Ele já foi marcado para sempre pelo fato de acolher, em longo voto escrito, a preliminar suscitada de improviso, da tribuna, pelo advogado Márcio Thomás Bastos, na primeira sessão de julgamento do “Mensalão”, no sentido de desmembrar o processo em relação aos réus que não tinham foro privilegiado.

A pretensão já havia sido apresentada duas vezes durante o curso da ação, ambas negadas. Pesava a acusação por crimes continuados e outros que só poderiam ser praticados por associação. Logo, as características do processo recomendavam sua unidade.

Mesmo diante desse histórico, estranho é que Ricardo Lewandowski já soubesse antecipadamente que o advogado Bastos iria suscitar a questão pela terceira vez, tanto que preparou seu voto por escrito, acolhendo-a.

Se existe algum sentido para a expressão *jogo de cartas marcadas* então obviamente é este.

Lewandowski não soube nem mesmo disfarçar.

Recentemente, deu liminar obstando a venda de subsidiárias da Eletrobrás e, como mostra o artigo “O direito de privatizar e a liminar do ministro Lewandowski”, de Irapuã Santana do Nascimento e Elena Landau, publicado no ConJur de 10.07.2018, o ministro referido adulterou os precedentes que ali cita e, na verdade, nada havia em apoio à liminar que concedeu. Tanto assim que o presidente do TRF-2 decidiu em contrário e a ministra Cármen Lúcia manteve este último julgamento, o que deixou Lewandowski diante do vazio.

O vazio que é seu verdadeiro *habitat* e só será substituído, no adequado tempo, pelo seu ingresso no Museu de Cera de Madame Tussauds.

O terceiro 'silencioso' sobre Gilmar Mendes é Dias Toffoli. A sintonia entre ambos é de tal sorte que hoje formam uma parceria. Como não se trata de uma dualidade eminente, voltada para os altos interesses da justiça e da República, essa parceria "fuleira" atrai esse qualificativo que nosso idioma herdou do lunfardo portenho. Tais são os "parças" como se diz na linguagem – adequada para o caso - dos times de futebol. Bem a propósito, pois sua 'tática' é destruir o colegiado do STF.

Quando o Supremo discutiu recentemente sobre a manutenção da execução da pena após o julgamento de segundo grau, examinando o Caso Lula, duas eram as proposições de voto, bastante conhecidas.

Uma sustentava uma leitura literal do texto contido no art. 5º da Constituição, de modo que equiparava a redação que trata da (1) *culpa definitivamente formada com o trânsito em julgado* de sentença condenatória penal (2) com o *cumprimento da pena*.

A outra entendia que o esgotamento do exame da matéria de fato nas instâncias ordinárias autorizava a execução provisória, uma vez que os recursos cabíveis somente poderiam enfrentar, a partir de então, matéria de direito, pois no STJ ou no STF não haveria mais revisão de provas.

Esta última corrente havia triunfado em julgamento ocorrido em 5.10.2016, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44 do Distrito Federal, rel. Édson Fachin, num alentado acórdão de 250 páginas. Esse entendimento voltou a ser vitorioso no exame do Caso Lula em 4.04.2018.

Pois Dias Toffoli resolveu encontrar um *tertius* onde ele não existe: o início da execução da pena não dependeria do trânsito em julgado, é certo, mas também não incidiria após o julgamento de segundo grau.

Teria de aguardar o pronunciamento do STJ no julgamento do recurso especial.

Esqueceu-se o ministro de apresentar uma fundamentação teórica para essa orientação, já que ela nega a interpretação literal da Carta Magna, mas também nega o esgotamento da matéria de fato como *dies a quo* para o cumprimento da pena.

Na verdade, não há teoria nenhuma no voto de Dias Toffoli, mas ele foi acompanhado por Gilmar Mendes, o parceiro que não o abandonou nem no delírio interpretativo.

Isto não só revela a situação peculiar – hoje vigente no Supremo –, mostrada no teatro do absurdo de Samuel Beckett e de Eugène Ionesco, de não haver uma razão para as atitudes e as coisas, como também haver uma sem-razão, permanente e inescapável, para afirmar que nos movemos num tempo e espaço sem sentido.

Não é tudo, o terceiro ‘silencioso’ sobre os desvios de Gilmar Mendes, e agora aliado dele, inovou novamente ao conceder habeas corpus de ofício a José Dirceu, em 26.06.2018, em uma reclamação regimental que foi rejeitada (e ainda tinha o objeto diverso de questionar os fundamentos da ordem de prisão...).

Dias Toffoli sustentou então, sendo acompanhado por Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, que “havia plausibilidade” no recurso especial ao STJ, de modo que a pena (de 30 anos e 9 meses) poderia ser alterada.

Não explicou que esse não é um critério jurídico para concessão de habeas corpus e que todos os recursos, excepto os que não podem ser conhecidos, têm de alguma forma plausibilidade ou virtualidade de produzirem modificação no julgamento recorrido. Caso contrário, não teriam objeto.

5. Não existe um sistema autocorretivo nos tribunais

Outros personagens se movem nesse palco; nele há muitos figurantes tomando o lugar dos atores principais, ao mesmo tempo em que o roteiro não comporta tantos incidentes e o tumulto em cena, de modo que seja possível permitir que a comédia possa chegar a um fim.

Em termos de encenação, talvez coubesse ao decano Celso de Mello o papel do corifeu, cuja presença nos vem do teatro grego, mas ele teria de estabelecer uma palavra prevalente, teria que anunciar a definição de um destino.

O decano, porém, não é um anunciador; voltou-se para a interioridade do amor à palavra, que cultua com animada ênfase, ainda que o seu significado seja o curial.

Seus votos são recheados de negritos, sublinhados e itálicos.

Parece que o som, os fonemas, constituem para ele a grande paródia da cena verdadeira; parece bem que a 'enfeitam'.

É como se a indisciplina dos atores fizesse com que o diretor abandonasse a sua *mise en scene*, ou o *chef d'orchestre* perdesse o andamento ou o controle da partitura (ou seja, das leis), e tudo fosse entregue ao improviso....

Ao lado do decano, o ministro Luiz Fux tem suas qualidades de julgador reconhecidas há muitos anos, por ser juiz de carreira, mas, como seu colega mais velho, perde-se no acessório, e esse acessório passa a ser o mais marcante em sua atuação.

Por exemplo, seu empenho na nomeação da filha (tão jovem como a filha de Marco Aurélio "Protagonista" de Mello, e que integrava o mesmo escritório de advocacia de Sérgio Bermudes, onde também trabalha a mulher de Gilmar Mendes) como desembargadora do quinto no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deixou-o devedor de favores à magistratura carioca. Talvez por isso, sendo relator do caso, não concluiu por quase cinco anos o exame dos penduricalhos pagos com base em leis estaduais e resoluções do próprio TJ-RJ à magistratura daquele Estado, embora inquinados de inconstitucionalidade em ação movida pela Procuradoria estadual.

Luiz Fux também sustentou uma liminar que estabelece o pagamento de auxílio-moradia, por ele dada e que vige há mais de quatro anos. Por ela, ele concedeu aos juízes ativos o mesmo que ele próprio recebia a igual

título. Era então o único ministro do Supremo que auferia auxílio-moradia. Hoje não há tal pagamento no STF.

6. Porque o texto e o discurso jurídico não portam mais o conhecimento do Direito que é aplicado

É diante disso, dessa realidade palpável e conhecida de todos, que se produzem o texto e o discurso jurídico.

Daí a sua decadência.

Não há como produzir uma teoria do processo, por exemplo, ou sobre a definição de culpa, ou qualquer outro sistema justificador do ordenamento jurídico tanto quanto um rol aceitável de requisitos para a fundamentação de um julgado.

O Supremo Tribunal Federal perverteu Heráclito (que seu contemporâneo Sócrates já considerava obscuro): ali não se atravessa o mesmo rio (do Direito) duas vezes...

O próprio professor Conrado Hübner Mendes, que continua a produzir textos excelentes, publicou (Época, 26.07.2018) um artigo com o título "Reformar ou ser reformado: o dilema do STF", tendo como subtítulo "Há tribunal constitucional que incomoda pelo que faz bem. O STF incomoda mais pelo que faz mal".

Embora, em linhas gerais ele reafirme a crítica que vem desenvolvendo, mostrando que a vontade de se afirmar dos ministros do Supremo, como personalidades de um direito plenipotenciário, vem impedindo o tribunal de se reformar, o trecho que passa a ser analisado aqui revela um somatório de erros, prova cabal de que é impossível colocar uma ordem sistemática na cena contraditória e repleta de malícias que ali se desenha.

Diz o texto de Hübner:

"O STF precisa de uma boa reforma, não de qualquer reforma."

Intuição, palpite e afeto podem ser gatilhos de mudança, mas não são nortes. O antipetismo, sob condução de Eduardo Cunha, aumentou em 2015 a aposentadoria de ministros para 75 anos de idade por meio da "PEC da Bengala". (*) Fabricou pânico diante de uma "Corte de ministros do PT". Não apontou evidência empírica de que ministros se curvam a partido. (**) O petismo, por sua vez, em reação ao julgamento do mensalão, buscou combater o "ativismo judicial" — que mal conseguiu conceituar ou demonstrar — por meio da PEC 33, de 2011. Propunha, entre outras coisas, um recurso plebiscitário contra certas decisões do STF. (***)

A maioria dos Projetos de Lei sobre o STF que tramitam no Congresso trata do método de nomeação de ministros. Variável importante, mas que toca na superfície do colapso arquitetônico do tribunal. A Câmara também aprovou, há poucos dias, Projeto de Lei que proíbe liminares monocráticas no controle de constitucionalidade. Não explicou o que essa lei acrescentaria à Lei 9882/99, que já proíbe tais liminares. (****) Se o STF ignora essa lei, por que seguiria a nova? Não se reforma cultura decisória numa canetada legislativa."

E ainda:

"P.S.: sob a regência de Luiz Fux e Cármen Lúcia, o pagamento ilegal de auxílio-moradia universal a juízes e promotores vai completar quatro anos. Ao que parece, o caso será procrastinado até que um acordo atenda à magistratura. Bilhões de reais depois, poderá ser arquivado. Outra vitória da baixa política judicial." (*****)

EIS OS ERROS de Hübner marcados pelos asteriscos:

(1) – (*) O antipetismo conduzido por Eduardo Cunha estabeleceu a PEC da bengala em 2015

Errado: A PEC conhecida com esse nome recebeu o nº. 457 e foi de autoria do senador Pedro Simon, tendo sido apresentada em 2005.

Naquela época, o Governo Lula havia indicado apenas um ministro para o STF, César Pelluso (2003). Só veio a indicar o segundo (Menezes Direito) em 2007.

A aprovação da PEC deu-se no âmbito do Congresso, e não somente na Câmara de Deputados. Logo, não poderia ser conduzida por Eduardo Campos, então presidente da câmara baixa.

Além disso, a PEC da bengala previa lei complementar para estender o novo limite de idade a outras categorias, uma vez que não se destinava somente à magistratura. Assim surgiu a Lei Complementar 125/2015, com projeto de autoria do senador José Serra, sendo vetado integralmente por Dilma Rousseff. O veto foi derrubado pela expressiva votação de 64x2 no Senado e 350x15 na Câmara.

(2) – (**) O antipetismo fabricou o pânico de ministros indicados pelo PT e não demonstrou evidência empírica de vinculação deles ao partido

Errado: A vinculação dos votos de Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski têm histórico de "evidência empírica" gritante com os interesses de dirigentes do PT, notável principalmente quanto aos principais dirigentes, José Dirceu e Lula.

Negar isso, diante do verdadeiro rosário de episódios reveladores desse espírito (chamemos assim) é o mesmo que pretender apagar uma estrela com o dedo.

Também os ministros Teori Zavaski e Roberto Barroso ingressaram quando houve o julgamento dos embargos infingentes ao acórdão condenatório do "Mensalão". Compuseram nova maioria exatamente para excluir o crime de formação de quadrilha, quando sabido que os crimes praticados em ampla rede de desvio dos recursos públicos, subtraídos de superfaturamento, para subornar parlamentares, jamais

poderia ser praticado sem que houvesse uma organização criminosa compartimentada.

Esses ministros se comportaram como pagadores de promessa de sua própria indicação.

Depois mudaram, quando a Operação Lava-Jato desabou sobre suas consciências e trabalhar partidariamente contra ela seria cavar a própria tumba como juiz.

(3) – (***) O petismo buscou combater o ativismo judicial pela PEC 33/2011, que submetia decisões do Supremo a plebiscito.

Errado: é uma má metodologia dividir correntes interpretativas em dois lados, só para facilitar a conclusão de que ambos têm seus vícios.

Na verdade a PEC 33-A/2011 teve a autoria do deputado piauiense, que é médico, Nazareno Fonteles, conhecido por apresentar projetos que se enquadram no folclore político, como o que estabelecia o “consumo fraterno”, segundo o qual as famílias não poderiam ultrapassar um padrão médio de gastos, fixado pelo IBGE, de modo que o excesso de suas rendas seria destinado aos programas sociais.

É o mesmo que pretender os efeitos de uma revolução sem ter o trabalho de fazê-la.

O projeto da PEC 33-A foi logo arquivado, ainda no âmbito das Comissões, depois de sofrer questionamentos no STF.

Não se pode subentender que ele foi uma tática consistente para combater o ativismo judicial, embora o cite em seu texto.

Mesmo porque o que se mostra sob o nome de ‘ativismo’ no Supremo, como percebeu o próprio professor Hübner, é um voluntarismo dispersivo e destruidor.

Ou seja: no nome não reveste o fato.

(4) – (****) A Câmara aprovou projeto que proíbe liminares individuais que reconheçam inconstitucionalidade, o que é inócuo, pois a Lei 9882/99 já veda essa prática e não é cumprida

Errado: Eis o que diz a mencionada lei:

“Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.”

Como se vê, o texto legal vigente permite que a liminar seja concedida apenas pelo relator em três amplas hipóteses, e geralmente elas incidem na maioria dos casos em que é pedida.

Assim sendo, não se pode dizer, genericamente, que a lei vigente é descumprida; nem se preconizar que o projeto agora aprovado na Câmara será inócuo, quando na verdade ele inova e evita o protagonismo temerário e oportunista.

(5) – (*****) A baixa política judicial sustenta o pagamento ilegal do auxílio moradia e favorece à magistrocracia

Errado: Tanto a liminar do ministro Luiz Fux concedendo aos juízes em atividade o auxílio-moradia incondicionado, como sua demora no voto de vista sobre os ‘penduricalhos’ concedidos à magistratura do Rio de Janeiro, com base em leis estaduais, resoluções do Tribunal de Justiça ou interpretações extensivas, fazem parte de um elenco de flagrantes ilegalidades dentre as muitas que os ministros do Supremo cometem desde que arvoraram-se em atores de televisão, ou celebridades que comparecem a programas gravados em estúdios ou ao vivo, ou ainda tornaram-se viajantes intercontinentais assíduos que vão a casamentos de amigos na ilha de Capri, ou a festas da realeza britânica ou – sem que isso seja o fim

de um extenso rol – frequentam tribunas de congressos ou universidades onde destampam toda sorte de conceitos esdrúxulos, como o ministro Roberto Barroso, contumaz nessa prática, que sustentou no Reino Unido que o Brasil tem mais ações trabalhistas do que todas as nações do mundo somadas.

Isto não é, de nenhum modo, política judicial, nem mesmo baixa política judicial visando a implantar uma magistocracia. Primeiro, porque não há sinal do horizonte de qualquer programação que justifique a existência de uma política, desde que se tenha por esta a organização prática de acesso e do exercício do poder. Segundo, porque só haveria uma magistocracia caso a magistratura estivesse se entendendo, adotando uma visão de mundo uniforme, reivindicando uma identidade comum do seu papel. Ora, o que se vê é o contrário: uma magistratura convulsionada, com seu lado que mente e outro que o desmente, em que a procura da verdade não será melhor nem mesmo com a lanterna de Diógenes.

É PRECISO que esses erros sejam apontados ainda que incidentes nos melhores textos analíticos, entre eles o do professor Hübner, para que não se cristalize uma concepção de que existem ondas insondáveis ou impossíveis de controlar, que trazem a dissolução opressiva que não nos é dado deter.

Saber se o Supremo se reformará ou será reformado é hoje apenas uma especulação.

Quando Teori Zavaski e Roberto Barroso compuseram uma nova maioria no STF, em julgamento de embargos infringentes, com a ajuda (hoje, quem diria?) de Cármen Lúcia, para começarem o desmonte das condenações do 'Mensalão', Joaquim Barbosa, relator do caso e então presidente da Corte, fez uma declaração seca: "Alerto o país que este é só o primeiro passo". De lá para cá muitos outros foram dados.

A desconstrução do Supremo é uma operação cruenta: sangra o Direito, sangra o país, sangram outras instituições que só podem operar com parâmetros estáveis.

Não se pode mais afirmar se um torturador está absolvido ad aeternitatem, embora vivo, identificado, aposentado e recebendo de cofres públicos. O julgamento do STF a respeito da anistia é simplesmente inconvincente, além de falho, pois não examinou todos os aspectos da questão e manteve uma espécie de feitiço interpretativo de que a lei editada no Governo Figueiredo foi “negociada”, sendo então intocável (ver, a propósito, “Caso Vladimir Herzog, o Estado brasileiro fora da lei” e “Ainda o Caso Herzog”, de Márcio Sotelo Felipe, in ConJur de 18.06.2018 e de 26.07.2018).

O Supremo é um case study de quem decaiu de si mesmo e se decompôs, mas que sobrevive – com pompa - na decomposição.

7. Conclusão: o esgotamento de um modelo

POR QUE se trata da decadência de um modelo?

Porque não é possível sustentar estudos a respeito de contratos como de

teoria processual, assim como de políticas criminais ou de reformas legislativas coerentes, pois não há uma presunção de efetividade que os anime.

A cada dia, nada será como antes.

Em 15.03.2017, o Supremo julgou que o PIS e o COFINS não incluem o valor do ICMS na sua base de cálculo (RE 574706-PR). Bastou para que fossem criados cursos de atualização relâmpagos para incentivar ações em massa, pleiteando as diferenças tributárias daquela exclusão.

Esse é o único ensino, ou mais propriamente treinamento, que o quadro analisado permite. E que o tumultua ainda mais.

O negócio não é mais objeto do Direito, nas suas implicações com a transferência de propriedade, por exemplo: o que hoje avulta é o “negócio do Direito”. Ou seja, o Direito é o objeto do negócio.

Não há nenhum absurdo jurídico, teratológico que seja, que não possa ser acolhido por qualquer dos ministros do Supremo aqui referidos.

A crítica é um elemento fundamental para reconstituição de posições interpretativas, como para rever concepções do mundo, mas é impossível estabelecê-la quando seu processo de verificação, sua práxis, se torna interminável devido a modificações sucessivas, arranjos carregados de oportunismo (como de cinismo) ou infundáveis explicações incapazes de produzir o convencimento.

Num tempo em que se entendia serem as relações jurídicas algo estável, e que a estabilidade era um desiderato relevante do Direito, o jurista Vicente Ráo produziu a obra "O Direito e a Vida dos Direitos". Seria exagero escapista dizer que os direitos morreram desde então, mas é adequado sustentar que o Direito malbaratado que hoje temos não pode mais incutir vida aos direitos.

A crítica, que os revitalizaria, tornou-se marginal, não tem força para erguer novos parâmetros. Entre a teoria e os julgados há uma defasagem gigantesca, tão esmagadora que todos acorrem para apontá-la e, ao mesmo tempo, para constatar que não há muito (ou mesmo nada) o que fazer.

O pior que pode acontecer para um país, tendo um modelo esgotado, é nele persistir.

O acesso aos tribunais, o modo como estes se organizam e operam, as ações multiplicadas com direcionamento variado mas sempre especulativo, os filhos e cônjuges que atuam junto aos tribunais compostos por seus parentes (só no STJ, a então Corregedora do CNJ Nancy Andrichi listou dez ministros nessa situação e essa ousadia custou-lhe o cargo de presidente daquela Corte, pois sua eleição ficou inviabilizada), a inversão tumultuária de pautas e de prioridades em julgamentos, as contradições insolúveis dos julgados, os precedentes manipulados, as excentricidades e, movendo tudo isso, interesses poderosos arregimentados em um exército de produtores de recursos e incidentes os mais estapafúrdios... tudo isso já traçou um caminho sem volta e o Direito é incapaz de recompô-lo.

É como se os propósitos elevados da sincera República de Weimar pudessem ter sido invocados para impedir a ascensão do nazismo.

UMA PASSAGEM bastante conhecida da ópera Tosca, de Giacomo Puccini, expõe bem o espírito de nossa época. O personagem Mario Cavaradossi é levado à morte pelo vilão Scarpia, sob pretextos, pois este último visava arrebatá-la da amada do outro. Cavaradossi redige então sua última carta, que é a ária "E lucevan le stelle": mesmo diante da morte, se brilhavam as estrelas, ele tinha razões para amar a vida.

Assim estamos.

Porém, no nosso caso, talvez seja apropriado sermos menos patéticos e enxergarmos o fracasso do Brasil dentro do horizonte que nos cerca, a ponto de reconhecer que tocar-se pelas estrelas "ia ser o brilho bonito mas inútil porém de mais uma constelação", como concluiu Macunaíma ao pensar na própria morte. Então, "cruzou os braços num desespero tão heroico que tudo se alargou no espaço pra conter o silêncio daquele penar."

É POSSÍVEL A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEM A AUTOPOIESE DO DIREITO?

VALTER PEDROSO VITELLI:

Bacharelado em Direito pela UNB.

RESUMO: O presente artigo visa responder à pergunta: é possível a garantia dos Direitos Fundamentais sem a autopoiese do Direito? Para tanto, aborda, primeiramente, a concepção de justiça de Trasímaco, presente no *A República* de Platão. Em seguida, faz menção à crítica de Hannah Arendt aos Direitos Humanos, segundo a qual é essencial estabelecer um procedimento para a sua efetivação. Tal visão é complementada pela Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, na qual é possível identificar uma noção de justiça dos procedimentos. Por fim, a questão é vista à luz da teoria de Niklas Luhmann, segundo a qual o Direito é um sistema autopoiético e, nessa dimensão, é capaz de assegurar os Direitos Fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia do Direito. Direitos Fundamentais. Teoria dos Sistemas. Autopoiese do Direito.

ABSTRACT: This article aims at answering the question: is it possible to protect civil rights without an autopoietically law system? Thus, in first place, this article exposes the definition of justice formulated by Thrasymachus, in *The Republic*. After that, the article presents Hannah Arendt's critic on Human Rights, which is compatible with Kelsen's theory, in which we can identify a procedural justice. In conclusion, the question is answered taking in consideration Luhmann's theory, which defines law as an autopoietic system.

KEY WORDS: Philosophy of Law. Civil Rights. Systems Theory. Law as a autopoietic system.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A JUSTIÇA DE TRASÍMACO; 3. A CRÍTICA DE HANNAH ARENDT AOS DIREITOS HUMANOS; 4. A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN; 5. A DISCRICIONARIEDADE NA TOMADA DE DECISÃO; 6. A AUTOPOIESE DO DIREITO; 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS;

1. INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais, conforme o entendimento da doutrina dominante, são inalienáveis, indisponíveis, universais e absolutos (BRANCO, 2016, pp. 140-144). No entanto, basta analisar a situação de países subdesenvolvidos para notar que isso não corresponde à realidade e que grande parte da população mundial não tem os seus direitos fundamentais respeitados.

Sendo assim, será realizada, no presente artigo, uma análise da teoria de justiça exposta por Trasímaco, em *A República* de Platão. Na sequência, será abordada a concepção de Kelsen e Hannah Arendt, os quais acreditam que existe uma justiça dos procedimentos, essenciais na garantia dos Direitos Fundamentais. Por fim, será apresentada a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que define o Direito como um sistema autopoietico. Em conclusão, o artigo visa responder a perguntar “é possível a defesa dos direitos fundamentais sem a autopoiese do Direito?”.

2. A JUSTIÇA DE TRASÍMACO

Em *A República*, Platão apresenta quatro teorias diversas acerca da definição de justiça. Nesse texto, Platão narra o debate entre Sócrates e Polemarco sobre o tema. Nesse debate, a justiça é definida como devolver o que se tomou de alguém e fazer bem aos amigos e mal aos inimigos (PLATÃO, 2006, p. 332 a-d). No entanto, a teoria que interessa ao presente artigo é a de Trasímaco. Sob essa perspectiva, Trasímaco defende que cada governo estabelece as suas leis de acordo com a sua conveniência, logo a justiça pode ser definida, de uma maneira geral, como a conveniência do mais forte (PLATÃO, 2006, p. 338 c).

Em contraposição a essa definição, Sócrates utiliza a dialética para convencer Trasímaco de que sua definição de justiça está equivocada. Ele ressalta que obedecer aos que governam também é um ato de justiça e que, por cometerem falhas, é possível que esses também criem regras que os prejudiquem. Dessa forma, seria justo fazer aquilo que convém ao mais forte, mas também o que o prejudica (PLATÃO, 2006, p.339 d).

3. A CRÍTICA DE HANNAH ARENDT AOS DIREITOS HUMANOS

Conforme Hannah Arendt, a Declaração dos Direitos do Homem foi um marco na história, que significava que o homem tinha se tornado a fonte da lei (ARENDT, 1998, p. 324). Esses Direitos eram considerados inaliáveis, irredutíveis e indeduzíveis, logo, não havia uma autoridade para estabelecê-los ou uma lei especial que os protegessem. No entanto, se notou que, na ausência de um governo próprio e, conseqüentemente de autoridades e instituições competentes, era impossível garanti-los.

Sendo assim, Hannah Arendt enfatiza que a perda dos direitos nacionais acarreta a perda dos direitos humanos (ARENDT, 1998, p. 326). Nesse ponto, a autora faz menção à situação dos apátridas, indivíduos que não são considerados cidadãos de nenhum Estado soberano, fato que impossibilita a garantia dos seus Direitos Humanos. Os apátridas, na visão de Arendt, são privados de todos os seus direitos, pois, como não pertencem a nenhuma comunidade, não existem leis que os garantem. Visando reforçar essa tese, a autora cita a afirmação de Edmund Burke, segundo a qual os direitos humanos seriam uma abstração e não garantiriam as condições mínimas de sobrevivência ao homem.

Por fim, cabe destacar que a justiça em Arendt tem sentido equitativo, ou seja, para ela, o Direito deve se adequar ao caso concreto (FREITAS, 2014, p. 137). Dessa forma, seu conceito de justiça se vincula com a garantia dos direitos civis, o que, nas sociedades modernas, não ocorreu para alguns grupos sociais, que ficaram à margem da sociedade (FREITAS, 2014, p. 138).

4. A TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN

De acordo com Kelsen, a Teoria Pura do Direito é um teoria do Direito positivo, que tem o objetivo de conhecer o Direito e excluir tudo que não pertença ao seu objeto (KELSEN, 2003, p.1). Na sua visão, todo fato jurídico é composto por um ato humano que se realiza no espaço e no tempo e a sua significação jurídica. Essa significação jurídica possui um sentido subjetivo, que é aquele atribuído pelo indivíduo que põe o ato, e um sentido objetivo, ou seja, do ponto de vista do Direito. Kelsen destaca

que uma das particularidades do Direito é a possibilidade de uma auto-explicação jurídica (KELSEN, 2003, p.3), ou seja, um ato pode dizer algo sobre a sua própria significação jurídica.

A norma jurídica funciona como um esquema de interpretação (KELSEN, 2003, p.3). Ou seja, é a norma que confere um significado jurídico a determinada conduta humana. É sobre essas normas que conferem o caráter de atos jurídicos a determinadas condutas humanas que se destina o conhecimento jurídico. Dessa forma, Kelsen define o Direito como um sistema de normas que regulam o comportamento humano (KELSEN, 2003, p.4). Um indivíduo que deseja que outro se conduza de determinada maneira está exprimindo um ato de vontade, do domínio do ser. A norma, por sua vez, delimita que o homem deve se comportar de determinada maneira, pertencendo, portanto, ao domínio do dever ser. Nessa circunstância, "dever" assume um significado mais amplo, isto é, autorizar, estar autorizado ou conferir um poder (KELSEN, 2003, p. 4). Logo, as normas podem tanto comandar, quanto permitir ou conferir uma competência ou poder.

Segundo Kelsen, esse dualismo entre ser e dever ser não significa que esses dois domínios não se relacionam (KELSEN, 2003, p. 5). A conduta prescrita na norma jurídica deve ser distinta da conduta humana, no entanto, é possível compará-las e determinar se a conduta humana corresponde ou não à norma.

O autor ainda aponta que o processo legiferante é composto por vários atos, que tomados em conjunto, tem sentido de normas. É importante destacar que, apenas quando o ato tem objetivamente o sentido dever ser, é que esse dever ser é tratado como norma e a conduta é considerada obrigatória. Ao tratar da validade dessas normas, Kelsen defende que ela é atribuída por uma norma considerada superior, que lhes empresta o sentido objetivo. Dessa forma, o fundamento de validade do sistema é a norma fundamental, pressuposto do qual deflui a validade das normas (KELSEN, 2003, p. 6).

Por sua vez, a vigência, que corresponderia à própria validade, significa a existência de uma determinada norma. Kelsen distingue a

vigência da norma da sua eficácia, que pertence à ordem do ser. A eficácia se refere ao fato de a norma ser efetivamente aplicada e respeitada (KELSEN, 2003, p. 8). Apesar dessa diferença, para que uma norma seja considerada objetivamente válida, é necessário que ela possua um mínimo de eficácia. Dessa forma, a eficácia funciona como condição da validade de uma norma jurídica (KELSEN, 2003, p.8). Segundo Kelsen, a vigência da norma é espaço-temporal, ou seja, vale em um determinado território em determinada época, e é isso que ele denomina de domínio de vigência (KELSEN, 2003, p.9). Kelsen ainda menciona o domínio de validade pessoal e material das normas.

É possível notar que, no modelo cunhado por Kelsen, a validade de uma norma jurídica decorre da sua própria existência, ou seja, se uma norma jurídica está no ordenamento jurídico ela é válida.

Nesse âmbito, considero mais adequada a definição de Pontes de Miranda, na qual se distingue a pertinência de uma norma ao ordenamento jurídico de sua validade (DE MIRANDA, 2002). Segundo ele, pertinência significa que houve a emissão da norma por órgão de produção normativa do sistema jurídico ou órgão constituinte originário. Ou seja, se uma norma for posta por um órgão competente, ela pertence ao sistema jurídico. Essas normas existentes, entretanto, podem ser válidas ou inválidas. De acordo com Pontes de Miranda, elas são consideradas válidas quando os critérios materiais e formais de admissão forem respeitados e inválidas nos casos em que tais critérios não forem respeitados.

Conforme Kelsen, a conduta real pode corresponder ou contrariar a conduta prescrita pela norma. Sendo assim, a partir da realização de um juízo de valor, uma conduta tem valor positivo quando corresponde à norma e negativo quando a contraria. Esse juízo deve ser objetivo, ou seja, independente da vontade do sujeito que o realiza (KELSEN, 2003, p. 15). Em seguida, Kelsen trata da relação estabelecida entre uma conduta humana e um fim, na qual a adequação ao fim é o valor positivo e a contradição com o fim é o negativo (KELSEN, 2003, p. 16). O fim pode ser objetivo, quando for estatuído por uma norma ou subjetivo, quando é colocado pelo próprio indivíduo.

Kelsen assegura que uma ordem normativa que regula a conduta humana em face a outras pessoas é uma ordem social, como é o caso do Direito e da Moral (KELSEN, 2003, p. 17). A função da ordem social, de acordo com Kelsen, é obter determinada conduta dos indivíduos a ela subordinados. Dessa forma, ao prescrever uma conduta, ela pode não estabelecer nenhuma consequência, ou então, relacionar a observância da conduta com um prêmio e a conduta oposta a uma pena, conforme o princípio retributivo. Essa ordem que estatui uma pena contra determinada conduta humana pode ser chamada de ordem coercitiva.

Ao analisar as diversas ordens sociais que chamamos de Direito, Kelsen aponta que elas se assemelham pelo fato de regularem a conduta humana e por serem ordens coativas (KELSEN, 2003, p. 23). Ou seja, o Direito confere a determinados indivíduos a competência para cominarem uma sanção às condutas que contrariam a norma jurídica.

Por fim, Kelsen determina que toda conduta humana é regulada pela ordem jurídica (KELSEN, 2003, p. 30), seja em um sentido positivo ou negativo. Desse forma, uma conduta que não é juridicamente proibida é permitida, o que, para Kelsen, corresponde a uma liberdade negativa.

5. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY

Em seu texto intitulado "Entre Hidra e Hércules", Marcelo Neves destaca que, já na década de 70, Hart apontava para a transformação do direito e da filosofia. Foi nesse contexto de transformação que surgiram os modelos principiológicos de Dworkin e Alexy, com ampla difusão e recepção internacional.

Para Dworkin, o sistema jurídico é composto por regras, princípios e policies. Nesse modelo, as regras seriam normas aplicadas conforme a disjunção do "tudo ou nada" (NEVES, 2013, p. 52). O enunciado completo de uma regra abrange todas as suas exceções, de modo que, a partir da análise das condições do caso, é possível concluir se a norma é considerado válida ou não para solucioná-lo. Por sua vez, os princípios apresentam a

dimensão do peso, de modo que, quando houver uma colisão entre diferentes princípios, é necessário definir qual é o mais importante para a solução do caso concreto. Já as políticas são as normas que estabelecem um objetivo a ser alcançado, em geral visando uma melhoria em determinado aspecto da comunidade.

Os princípios jurídicos da teoria de Dworkin, de acordo com Neves, são determinados pela moralidade de uma determinada comunidade política e estão sujeitos a alterações com o decorrer do tempo. Para obterem validade jurídica, é necessário que esses princípios passem pelo teste do juiz Hércules. Conforme Dworkin, esse juiz se utiliza dos princípios para superar a questão da discricionariedade nos “casos difíceis”, chegando à única resposta possível para o caso.

A despeito de reconhecer a enorme contribuição de Dworkin para a teoria do direito, Marcelo Neves aponta algumas críticas à teoria desenvolvida por ele. Primeiramente, a noção de que os princípios são capazes de suprir o espaço de discricionariedade do juiz é uma ilusão. Segundo ele, o problema não está na discricionariedade, e sim na forma seletiva de estruturação da complexidade (NEVES, 2013, p. 57).

O autor defende que, no âmbito da concretização da Constituição, os princípios promovem uma flexibilização do direito, contribuindo para a sua adequação com a complexidade social. Por sua vez, as regras reduzem essa flexibilidade e garante maior certeza para o procedimento de solução de casos. Dessa forma, não se trata de uma questão de discricionariedade ou da única solução correta, e sim controlar a contingência entre decisões juridicamente consistentes e complexamente adequadas para a sociedade, o que constitui um paradoxo.

Outro ponto criticado é a ideia que o juiz Hércules seria capaz de determinar quais seriam os princípios jurídicos adequados para servir de apoio às instituições e leis. Segundo Neves, essa afirmação decorre de um normativismo idealista (NEVES, 2013, p.59) e não corresponde com a estrutura de uma sociedade complexa.

Quanto à distinção entre regras e princípios proposta por Dworkin, Neves considerada oportunas as críticas desenvolvidas por Alexy. Conforme

Alexy, em um sistema jurídico de uma sociedade complexa, é impossível que uma regra compreenda todas as suas exceções, pois é possível que surja uma exceção não prevista na resolução de um caso novo. Além disso, a introdução de cláusulas gerais de reservas a princípios, também os tornam aplicáveis sob a disjunção “tudo ou nada”.

Por fim, Neves destaca que os princípios só podem ser sopesados caso ambos sejam considerados válidos, pois, caso um princípio seja incompatível com a ordem jurídica da sociedade, ele deve ser desconsiderado. A última restrição que Neves faz ao modelo de Dworkin é quanto à afirmação de que apenas os princípios possuem a dimensão do peso (NEVES, 2013, p.62). Para ele, quando duas regras tomas *prima facie* entram em conflito, também é essencial sopesa-las para determinar qual deve ser aplicada no caso concreto em análise.

A teoria de Alexy, apesar de se tratar de um modelo que ele desenvolveu para ser aplicado na Alemanha em determinado momento específico, obteve grande reconhecimento e passou a ser tratada, por muitos, como universal.

Alexy reformula o modelo de “tudo ou nada” de Dworkin, defendendo que, na verdade, as regras são normas que podem ser cumpridas ou não. Logo, havendo um conflito, umas das normas deve ser declarada inválida. Já os princípios, conforme ele, são mandamentos de otimização (NEVES, 2013, p. 64) que podem ser cumpridos em graus variados dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas. Dessa forma, a colisão entre princípios é solucionada por meio da identificação de qual princípio tem maior peso no caso concreto, sem que o outro seja considerado inválido. Em conclusão, ele estabelece que a distinção entre regras e princípios se deve ao fato de que os princípios são razões direitas das regras, logo, contribuem de forma indireta para os juízos concretos. Já as regras podem ser utilizadas como fundamento imediato da decisão.

Em seguida, Marcelo Neves aponta várias críticas que foram feitas ao modelo de princípios desenvolvido por Alexy. Klaus Günther considera inadequada a distinção feita por Alexy entre regras e princípios, Alexy também afasta a tese de Sieckmann de que os princípios seriam

“mandamentos reiterados de validade” (NEVES, 2013, p. 72), pois ela não acrescentaria nada à sua definição de que os princípios são mandamentos a serem otimizados. Atienzza e Manero, por sua vez, argumentam que apenas os princípios referentes a normas programáticas seriam mandamentos de otimização, o que é rejeitado por Alexy. A última crítica mencionada é a de Habermas, segundo a qual os princípios seriam antes adequados a um modelo de ponderação de valores. Para ele, apenas em um modelo livre de sopesamento seria possível definir se uma decisão é correta ou não. Visando defender sua tese Alexy traz dois casos em que, apesar de os direitos em conflito serem os mesmos, em cada caso um deles prevaleceu. Alexy aponta que isso se deve à utilização do sopesamento na fundamentação.

Ao final desse capítulo, Marcelo Neves realiza uma breve análise crítica da teoria dos princípios de Alexy antes de apresentar o seu modelo. Segundo ele, apenas do ponto de vista teórico é importante diferenciar a aplicação das regras segundo o modelo de “tudo ou nada” de Dworkin e a definição de Alexy de que elas são cumpridas ou descumpridas. Dessa forma, as críticas que ele fez à teoria de Dworkin também são válidas para a de Alexy.

Conforme a teoria de Alexy, uma regra não pode ser aplicável antes de se realizar o sopesamento, pois, nesse estágio, ela ainda se encontra incompleta. O enunciado completo da norma, que é utilizado como fundamento da decisão do caso concreto, só é determinado no final do processo de concretização constitucional. No entanto, Neves considera inadequada a definição dos princípios como mandamentos a serem otimizados (NEVES, 2013, p. 82). De acordo com ele, esse modelo otimizante desconsidera que uma sociedade complexa é composta por diversas esferas, de modo que o que é otimizante em uma perspectiva pode não ser em outra (NEVES, 2013, p. 82).

Em conclusão, Neves determina que, apesar das ressalvas feitas, um ponto da teoria de Alexy que pode ser incorporado ao seu modelo. Ele concorda com a definição de que os princípios são razões *prima facie*, utilizados como fundamento na decisão de controvérsias jurídicas,

enquanto as regras, quando completas, são utilizadas como fundamento na decisão de um caso concreto.

6. A QUESTÃO DA DISCRICIONARIEDADE NA TOMADA DE DECISÃO

Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito defende que o Direito não apresenta lacunas, de modo que, tudo aquilo que não está proibido é permitido. Já Hart defende que as lacunas existem, e, para resolver esse problema, ele cria a sua definição da "textura aberta" do direito. Essa abertura se mostra, principalmente, nos casos em que não exista uma resposta, mas sim respostas ao caso concreto (HART, 1986, p. 165). Na sua concepção, o direito não consegue regular determinados casos, o que contribui para a discricionariedade na decisão de um caso concreto pelo juiz. Esse poder discricionário do intérprete ou aplicador do direito é utilizado para determinar o significado da norma jurídica caracterizada pela textura aberta (BUENO, 2010, p. 285). De acordo com Hart (1986), esses espaços jurídicos são preenchidos pelos tribunais, desempenhando, nesses casos, a função de criar leis para o caso concreto.

Conforme Neves, um dos pontos de partida da teoria dos princípios de Dworkin é a crítica à noção de "textura aberta" do direito de Hart (NEVES, 2013, p. 51), segundo a qual, nas situações não reguladas por regras, o juiz decidiria por discricionariedade. O problema da tese do poder discricionário, segundo Tania (2012), é que não há um padrão que guie o juiz ao promover essa mudança. Em sua teoria, Dworkin afirma que os princípios são normas pertencentes ao sistema jurídico e vincularam os juízes nos casos em que as regras não são suficientes para a tomada de decisão (NEVES, 2013, p. 52). Segundo Dworkin, o juiz Hércules utilizaria os princípios para superar a discricionariedade dos casos difíceis e encontrar a única decisão correta para o caso concreto (NEVES, 2013, p. 56).

A meu ver, a teoria de Hart acerca da "textura aberta" do direito é a mais adequada e compatível com as sociedades modernas. Considero equivocada a visão de Dworkin de que existiria apenas uma resposta correta para o caso concreto. Nesse âmbito, considero relevante citar a definição de contingência citada por Luhmann (2004), segundo a

qual todos os fatos existentes podem assumir outras formas, o que também ocorre no sistema jurídico. Dessa forma, fica evidente que o mesmo caso concreto pode ser decidido de inúmeras formas distintas, sempre existindo uma decisão mais justa. No entanto, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, é essencial que as decisões tomadas pelos juízes sejam sempre fundamentadas juridicamente, para que essa discricionariedade não se torne uma pura arbitrariedade.

7. A AUTOPOIESE DO DIREITO

Conforme Luhmann (2016), em seu texto “O direito da sociedade”, a unidade do sistema jurídico acontece na forma de sequências operativas que o reproduzem autopoieticamente. Essas operações têm a capacidade de distinguir sistema e ambiente pela utilização da autoreferência, processo através do qual o sistema se defini, distinguindo-se dos demais.

O autor afirma que toda observação deve ser baseada em uma distinção para designar o objeto analisado. A observação e os observadores, só podem ter acesso a si mesmo por meio de um paradoxo. Dessa forma, a unidade de um código binário só pode ser representada por um paradoxo, que pode se traduzir em novas distinções. Pode-se dizer que o sistema jurídico utiliza o código direito/não direito. Um primeiro passo é a distinção adicional entre codificação e programação, o que permite tornar os códigos mais técnicos, reduzindo-o à relação de intercâmbio de valores, o positivo e o negativo.

A autopoiese do sistema jurídico é uma continuação da autopoiese da sociedade. No entanto, o sistema deve demarcar sua própria autopoiese através da sua diferenciação funcional, ou seja, a distinção entre a sua unidade e o entorno. Dessa forma, o próprio direito define suas premissas de validade por intermédio de uma norma jurídica e das decisões judiciais. É na mera produção de elementos próprios do Direito que reside seu caráter autopoietico (NETO, SCHWARTZ, 2008, p. 200). Tudo isso com base na auto-observação, auto-constituição e auto-reprodução do sistema.

Chega-se, então, ao direito positivo sistematizado, composto por regras e princípios. Como resultado, a pergunta sobre a justiça do direito

perde seu significado prático. No entanto, a teoria do direito não pode se contentar com tal solução. Sendo assim, o que deve se levar em conta é o posicionamento da ideia de justiça dentro do sistema jurídico.

No âmbito do sistema jurídico, a validade é entendida como símbolo que circula no sistema e enlaça as operações, enquanto a justiça se relaciona com a auto-observação e autodescrição do sistema. A partir daí, é possível concluir, segundo Luhmann, que a ideia de justiça requer uma qualidade normativa.

Desse modo, a justiça foi definida, inicialmente, como sendo limitada pelas distinções. Ela é uma autoreferência na forma de observação, e não de operação; não no sentido de código, mas no sentido de programas; não na forma de uma teoria e sim na forma de uma norma. Tudo isso significa que podem existir sistemas jurídicos injustos.

Luhmann assume que a ideia de justiça pode ser entendida como uma fórmula de contingência do sistema jurídico. De acordo com ele, o próprio sistema deve definir a justiça de um modo que fique claro que ela deve prevalecer e que o sistema se identifica com essa ideia, princípio ou valor.

O conceito de fórmula de contingência, segundo ele, é, primeiramente, uma consequência da percepção de que as condições para a ideia de justiça baseado no direito natural não procedem, pois, segundo ele, não há ligação entre os termos natureza e justiça, como afirmado pela doutrina do direito natural. A evolução contribuiu para o aumento do equilíbrio, mas isso não quer dizer que as normas e decisões são justas (LUHMANN, 2016, p.293).

As fórmulas de contingência estabelecem a distinção entre determinabilidade e indeterminabilidade. Com essa dimensão, o autor se refere não aos fatos atualmente designados, mas às outras possibilidades de trata-los. Assim ocorre com o sistema jurídico, de modo que todas as normas jurídicas e todas as decisões, assim como os motivos e argumentos, podem assumir outra forma.

Luhmann destaca que a função prevista pela fórmula de contingência deve ser cumprida. Assim também ocorre com a justiça. Pelo fato de o sistema jurídico estabilizar expectativas normativas, é possível assumir a justiça também como uma norma. No entanto, é importante destacar que ela não se trata de um critério de seleção, pois tal fato inviabilizaria que ela cumprisse sua função de representação do sistema normativo.

O problema da norma de justiça, para ele, reside na relação entre generalização e reespecificação. Assim sendo, nenhuma operação do sistema deve ser excetuada da expectativa de ser justa. Em cada caso individual a norma de justiça transmite uma orientação, o que não significa, no entanto, que a norma seja justa.

A justiça, como fórmula de contingência, tem tradicionalmente, e ainda hoje, sido identificada como igualdade, que é vista como um princípio que se autolegitima. A fórmula de contingência é um esquema utilizado para buscar fundamentos ou valores que só podem ser considerados válidos na forma de programas. Desse modo, a resposta para todos os problemas teria que ser encontrado no sistema legal pela mobilização dos seus recursos (LUHMANN, 2016, p. 298).

Em um desenvolvimento posterior, que teve início com Aristóteles, a outra face dessa norma, chamada desigualdade, passa a ser submetida ao princípio da justiça em termos do postulado de que casos diferentes devem ser tratados de maneiras diferentes. Apenas assim a fórmula do sistema se tornou completa e relevante para todos os casos.

O princípio da justiça tem responsabilidade sobre todo o sistema e as diferenciações essenciais. As fórmulas de contingência apresentam um conceito nuclear, no entanto, a depender das circunstâncias históricas, ele pode ser definida de diferentes maneiras, o que se aplica com os princípios de igualdade e no conceito de justiça.

Se existissem poucos tipos de decisão, a consistência poderia ser alcançada de maneira simples. Todavia, esse não é o caso das sociedades mais desenvolvidas que contam com um sistema jurídico altamente diferenciado. Desse modo, a justiça aparece como uma adequada

complexidade da consistência na tomada de decisões. Esse fenômeno é chamado de "irritabilidade" do sistema e se deve ao fato de o sistema jurídico não conseguir lidar com todos os aspectos da vida social. Sendo assim, ele tem que reduzir a complexidade e reconstruir sua própria complexidade interna. Cabe ressaltar que essa reconstrução só corresponderá aos critérios da justiça se ainda for compatível com a consistência das decisões.

Em seguida, Luhmann trata do problema da justiça, que, segundo ele, surgiu no contexto das performances recíprocas. Nas sociedades feudais, a máxima da reciprocidade era relacionada com a estrutura social, de modo que os indivíduos de classes sociais mais altas tem mais benefícios. Entretanto, nas sociedades modernas, a norma da reciprocidade perde sua relevância e o valor das ações passa a ser definido pelo preço de mercado.

A prática legal aliada a textos, conceitos e autoridades também alterou a percepção do problema da justiça. Sob essa ótica, a justiça se relaciona com a igualdade de outra maneira, garantindo que casos iguais sendo decididos de maneiras iguais. Dessa maneira, a justiça se tornou sinônimo de consistência na tomada de decisões e chegou-se a um grau de abstração que depende de uma sistema jurídico diferenciado e o principal problema passa a ser se o caso concreto foi decidido de uma maneira justa.

Luhmann aponta que, devido ao aumento da legislação, pensar sobre a justiça se tornou um tema relevante nos tempos modernos (LUHMANN, 2016, p. 305). Segundo ele, a legislação contraria o princípio da consistência na tomada de decisões pelo fato de alterar constantemente o direito e através dela é possível decidir casos iguais de maneira diferente e casos diferentes de maneiras iguais.

No entanto, a legislação depende de uma sociedade na qual as estruturas mudem de uma maneira tão rápida que as divergências nas decisões não sejam consideradas injustiça. Essa responsabilidade é transferida para o sistema político, que se posta como bem intencionado ao promover tais mudanças. Talvez a tendência contemporânea de identificar a

justiça como um princípio ético ou um apelo emocional se deve a essa injustiça temporal no sistema jurídico.

O autor ainda ressalva que surgiram tentativas de criar definições de justiça que incluam o sistema político e o jurídico. No entanto, a justiça só pode ser entendida como um valor entre vários. Isso significa que, em cada caso individual, é necessário fazer uma escolha entre esses valores, o que não soluciona o problema da fórmula de contingência.

A tendência dos Estados sociais de criar programas com fins específicos é uma das razões para estabilizar a justiça, visando garantir a sua presença nessas circunstâncias. Esses programas legitimam a escolha de meios e geram injustiça em busca de concretizar o fim a qual são destinados. Nesse modelo, há um desvio do significado da justiça, que não estaria na compatibilidade das medidas jurídicas e sim na compatibilidade jurídica da política ambiental.

A crise da justiça não pode ser resolvida com o direito natural, tampouco com a ética ou avaliação de valores. De acordo com ele, essa questão só pode ser resolvida através da "legitimação do direito positivo", pois a validade do direito depende apenas de critérios internos.

O problema de encontrar a forma para explicar a questão da igualdade e desigualdade, o que torna difícil reconhecer as mudanças que ocorreram na transformação das sociedades antigas para as modernas.

Conforme o direito natural, os objetos se diferenciam pela sua essência, ou seja, são iguais ou desiguais em si mesmo. Já o direito racional moderno, que opera como o direito natural, rompe com essa tradição. Esse modelo generalizou os direitos individuais de igualdade e liberdade como direitos humanos fundamentais, adquiridos por meio do nascimento.

Modernamente, a forma mais relevante para a resolução desses paradoxos opera com base na distinção entre estado de natureza e estado de civilização. Sob a ótica dos direitos humanos, a liberdade é a ausência de limitações externas e a igualdade é a exclusão da desigualdade. No entanto, Luhmann aponta que essas definições revivem o velho paradoxo do direito natural de que a lei só pode existir como um desvio do direito. Esse

paradoxo se resolve pela reentrância na distinção que foi distinguida. A liberdade deve aceitar limitações legais, assim como a igualdade deve aceitar as desigualdades aceitas pela lei.

Como consequência do desdobramento desse paradoxo, todo o direito é mantido como contingente, como todo direito positivo. Desse modo, a formulação dos pontos de partida servem para camuflar esse processo. Assim, o direito se expõe a uma observação de segunda ordem, para ser capaz de decidir de um maneira diferente nos contextos de liberdade e limitação ou igualdade e desigualdade. O mesmo se aplica à sociedade moderna na sua autodeterminação operativa e vale também para o sistema jurídico.

Toda decisão jurídica deve se colocar no contexto de outras decisões, analisando como os demais observadores observam o direito. Visando exemplificar tal conceito, Luhmann cita o sistema do Common Law, que se pauta na *rationes decidendi*. Há uma tendência de pensar que um sistema que utiliza a observação de segundo grau tende a se tornar conservar e apenas repetir as decisões tomadas anteriormente. No entanto, essa tendência é corrigida pela fórmula de contingência.

Em conclusão, Luhmann afirma que esse esquema baseado em igualdade e desigualdade tende à repetição. Para mudar tal situação é essencial o papel da observação de segundo grau, com a qual a justiça está fortemente relacionada e que permite uma abertura para a tomada de decisões. Dessa maneira, é possível comparar as decisões com o intuito de comprovar a consistência da mudança, possibilitando novo processos de observação.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das diversas teorias analisadas, conclui-se que só é possível garantir os Direitos Fundamentais em um sistema que preze pela autopoiese do Direito, de modo que ele seja capaz de produzir os seus próprios elementos. Essa produção leva a um aumento de possibilidades até que se atinja um nível não tolerável pelo sistema, o que leva-o a alterar

sua forma de diferenciação e contribui para a sua evolução (CADEMARTORI; BAGGENSTOS, 2011, p. 328). Caso contrário o Direito fica a mercê daqueles que detém mais poder, como na definição de justiça de Trasímaco da conveniência do mais forte, ou na teoria de Hart em que, nos casos difíceis, o juiz decide de acordo com a sua discricionariedade.

Segundo Luhmann, a justiça se relaciona com a auto-observação do sistema, o que ele denomina observação de segundo grau (LUHMANN, 2016). A partir dessa observação é possível que o direito se analise e, desse modo, compreenda as suas operações. Esse fenômeno não leva necessariamente à repetição, pois a fórmula de contingência demonstra que todos os fatos existentes podem assumir outras formas, o que também ocorre no sistema jurídico. Dessa forma, fica evidente que o mesmo caso concreto pode ser decidido de inúmeras formas distintas, o que leva ao fenômeno da indecidibilidade. No entanto, ele afirma que isso é algo positivo, pois significa que sempre é possível tomar uma decisão mais justa. Essa visão, no meu entendimento, garante um diálogo mais aberto do sistema jurídico com a sociedade e possibilita que ele se adeque, mediante a auto-observação, às novas demandas e práticas sociais.

Além dessa relação do sistema com o ambiente exterior, é fundamental que o Direito seja estruturado internamente para que os Direitos Fundamentais possam ser assegurados. Ao analisar as teorias de Kelsen e Hannah Arendt, é possível notar uma noção de justiça dos procedimentos. Na visão de Arendt, a garantia dos Direitos do Homem depende de um governo estruturado, composto por autoridades que criem normas e instituições para assegurar o seu cumprimento. Por sua vez, Kelsen afirma que, para uma norma ser válida, ela deve estar de acordo com os procedimentos do ordenamento jurídico (BITTAR, 2016, p. 545). Em seu modelo, a norma fundamental confere validade a todas as normas do ordenamento jurídico, que se destina a regular a conduta humana. A meu ver, apenas com a união dos elementos supracitados é possível constituir um sistema adequado para assegurar os Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998 (Parte II, Capítulo 5: O declínio do Estado-Nação e o fim dos direitos do homem).

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Roberto. **Hart e o Positivismo Jurídico: Em torno à hermenêutica e à textura aberta da linguagem do direito**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 47, n. 186, abr./jun. 2010.

CADERMATORI, Luiz Henrique U; BAGGENSTOSS, Grazielly A. **A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial**. Florianópolis: Sequência – Estudos Jurídicos e Políticos, n. 62, julho 2011.

DE MIRANDA, Pontes; CAVALCANTI, Francisco. **Tratado de direito privado**. Tomo V. Campinas: Bookseller, 2002.

FREITAS, Gustavo Jaccottet. **Existe um conceito de justice em Hannah Arendt?** Saberes: Revista interdisciplinar de Filosofia e Educação, n. 10, 2014.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

NETO, Arnaldo Bastos Santos; SCHWARTZ, Germano. **O sistema jurídico em Kelsen e Luhmann: diferenças e semelhanças**. Porto Alegre: Direito Fundamental e Justiça n. 4, 2008.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

DIÁLOGO ENTRE O DIREITO TRIBUTÁRIO, COM ENFOQUE NO ESTUDO DE ATOS ELISIVOS, E A TEORIA DE SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

JULIA GOMES CAVALCANTE:
Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Brasília - UnB.

Resumo: Este trabalho possui como intento o desenvolvimento de uma síntese da terceira parte da dissertação de Tatiana Aguiar que dialogue com os postulados da Teoria de Sistemas de Niklas Luhmann.

Palavras chave: sistema tributário; teoria da linguagem e dos sistemas.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Desenvolvimento – 3. Conclusão – 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Este trabalho possui como intento o desenvolvimento de uma síntese da terceira parte da dissertação de Tatiana Aguiar^[1] que dialogue com os postulados da Teoria de Sistemas de Niklas Luhmann.

Em seu trabalho, Tatiana dá azo à conversa entre economia e direito, observando condutas elisivas do Sistema Tributário à luz das Teorias da Linguagem e dos Sistemas.

2. Desenvolvimento

Tatiana inicia a Parte III de sua obra em ótica retroativa, apontando que evasão fiscal e sistema tributário sempre coexistiram, necessariamente. Mas isso é dedutivamente lógico, afinal, tributos são o principal fomento do tesouro estatal, ou seja, sempre existirão, ao passo que é inerente à psicologia humana se esquivar ao máximo de ter descontos tributários de seu patrimônio.

A autora distingue elisão, evasão e fraude fiscal. Segundo sua classificação, a elisão, dotada de licitude, se daria quando, por meio de planejamento fiscal, o sujeito evitasse a ocorrência de uma obrigação tributária por não praticar o fato gerador dessa exigência ou por optar por um negócio jurídico menos oneroso tributariamente – seria, portanto, uma economia legítima de tributo. Por outro viés, a evasão fiscal se definiria como atitude dolosa e ilícita para se eximir de pagar tributos – sendo, assim, a fraude fiscal apenas uma forma da evasão.

Pode-se concluir, então, que a elisão e a evasão fiscal têm o mesmo intento: a minimização da carga tributária. O que ilustra a diferença entre os

termos é o meio com o qual se atinge esse mesmo desiderato: que se encontra no binômio licitude/ilicitude. O resultado também é uma forma de distinção: na medida em que a elisão comina no não nascimento de relação tributária ou na gênese de um negócio jurídico menos carregado tributariamente, a evasão mascara a incidência da cobrança tributária, não havendo, portanto, pagamento do imposto.

Embora haja uma larga divergência doutrinária acerca dos termos e etimologicamente a construção do significado deles pudesse ser mais fidedigna, Tatiana busca facilitar essas definições. Por exemplo, ainda que a palavra elidir remeta etimologicamente a omitir e pudesse ser usada mais logicamente para o conceito ligado ao vocábulo evasão, a escolha da escritora é fugir de possíveis confusões: como a evasão é instantaneamente ligada à ilicitude pelo senso comum, optou-se por uma classificação mais clara.

Tatiana continua sua obra caminhando pelas relações entre princípios e atos elisivos. O princípio da legalidade, elencado pela autora como pedra angular de um Estado Democrático de Direito, com a roupagem tributária, pode ser assim encarado: nenhum tributo será cobrado se não em virtude de lei. Esse princípio se liga diretamente ao princípio da liberdade, já que todo indivíduo é livre para fazer tudo o que não for proibido por lei, o que embasa toda a noção de elisão.

Outro princípio trazido na dissertação é o da Tipicidade Cerrada, que reza que toda regra-matriz de incidência tributária deve descrever minuciosamente os fatos ensejadores da exação. Esse princípio também dá azo a atos elisivos: basta que o sujeito planeje seu agir de modo que ele não se identifique com um tipo tributário. O Princípio da Capacidade Contributiva também dá abertura a processos elisivos, já que se a pessoa não demonstrar fatos presuntivos de riqueza, não dará cabimento a uma maior carga tributária.

O princípio de Proteção à Propriedade Privada, por sua vez, guarda atos elisivos como ferramentas para concretização de sua essência - já que a elisão em si é uma forma de proteger os bens particulares. Por último, o princípio da Segurança Jurídica se relaciona com a elisão sob um prisma negativo: a segurança de quem age elisivamente é a da não-proibição de suas condutas.

Em um próximo momento, Tatiana faz breve análise do parágrafo único do artigo 116 do CTN, além do instituto da simulação. O artigo, *in verbis*: “Art. 116 (omissis): Parágrafo Único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios praticados com a finalidade de **dissimular** a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos estabelecidos em lei ordinária.”

A autora encara o dispositivo legal como mais uma forma do poder legislativo tentar frustrar a livre iniciativa, já que dá abertura para que as autoridades da fazenda ultrapassem seu poder. Ela segue explicando a simulação, que seria a tentativa de omitir um ato ilícito pela prática de um ato lícito, tendo por objetivo a indução de terceiros em engano, na seara tributária, o próprio Estado.

Um ato do mundo social só pode existir para o mundo jurídico se há como prová-lo juridicamente. Assim, a autora sustenta que, para que o Estado dissolva um negócio jurídico firmado entre particulares, ele deverá provar que as vontades das partes são divergentes daquelas emitidas no contrato, configurando, assim, uma simulação. Elisões, portanto, não são atingidas pelo artigo retrocitado.

Em seguida, a autora inicia capítulo sobre negócio jurídico indireto, abuso de forma e de direito. O ato jurídico indireto se daria pela adoção de um formato diverso para a situação de fato para driblar a incidência do tributo do negócio jurídico direto. Atos jurídicos indiretos podem ser, a meu ver, tanto evasivos quanto elisivos, distinção que se dá em cada caso.

O abuso de forma/de direito se caracteriza por uma forma não usual de praticar determinado ato ao se realçar a causa que se pretende alcançar. Tatiana, em seu ataque à vedação ao abuso de forma/direito, defende que, ainda que o Código Civil preveja em seu artigo 187 essa veda, ela não seria cabível no campo tributário, já que o princípio da tipicidade cerrada, supracitado, é incompatível com tipos abertos.

A autora lembra que a condenação dos atos de abuso de forma/direito e de negócios indiretos se dá por serem considerados ilícitos atípicos, já que o Art. 116 só abarca atos dissimulados. Faz menção, em sua argumentação, a Luhmann: o sistema jurídico, segundo esse autor, se daria pelo binômio lícito/ilícito e, assim, tudo aquilo que não for ilícito é,

portanto, lícito. Ainda que certas condutas sejam rechaçadas socialmente, não podem ser condenadas juridicamente se dotadas de legalidade. Assim, para a autora, pouco importa a atipicidade de um ato, bastando que respeite os limites legais.

Em próximo passo, tratando de analogias em relação ao Direito Tributário, Tatiana traz à tona a redação do artigo 108 do CTN, que diz que o emprego da analogia não poderá ser usado para cobrar tributo não previsto em lei. A lei 104 do CTN, continente do Art. 116 supra transcrito, dá azo para que se exija um tributo por analogia: ao outorgar a destruição de um negócio jurídico simulado, prevê que seja cobrado o tributo análogo ao que seria cobrado do ato que deveria ter sido praticado naquele contexto.

Novamente, a autora defende que atos jurídicos comprovadamente dissimulados sejam condenados, mas repreende possíveis censuras a atos jurídicos indiretos ou dotados de abuso de forma/direito – não previstos na lei 104, que apenas remete às simulações.

Com tudo isso, Tatiana Aguiar pretende demonstrar que o Art. 116 da lei 104 do CTN não abraça as elisões, já que antinômica seria uma norma que autuassem a licitude. Condenar atos válidos – ou seja, não dolosos, fraudulentos ou dissimulados, seria como tributar um negócio que não se realizou, ou um não-ato, o que esculpiria veemente afronta aos princípios da legalidade e da liberdade. Assim, o alcance do artigo em comento seria a evasão fiscal, por assim dizer, a prática ilegal de omissão tributária.

Tatiana traz à tona também a Teoria da Interpretação Econômica, para tratar a elisão por mais um viés. A teoria, nascida na Alemanha, defendia que a norma tributária deveria ter como mira os sinais exteriorizados de riqueza, e não a roupagem jurídica do negócio. Assim, de acordo com a tese, atos jurídicos com o mesmo efeito econômico deveriam estar sob a incidência dos mesmos dispositivos legais tributários, independentemente de sua forma jurídica.

Além da Teoria da Interpretação Econômica, a autora traz em seus enunciados outras teorias com pilares semelhantes, como a teoria do Propósito Negocial (Business Purpose Theory) e a Doutrina da Jurisprudência dos Interesses, do alemão Philip Heck. O que essas teses têm em comum é a defesa de decisões jurídicas que se embasem em fatores extra-jurídicos, como os já mencionados efeitos econômicos de negócios

jurídicos ou, em um resumo das teorias subjetivistas, a intenção do indivíduo ao praticar certo ato jurídico.

As teorias subjetivistas, apesar de terem um propósito louvável, vinculado à moral, não são palpáveis. Submeter o direito a análises psicológicas, imiscuídas no íntimo dos indivíduos, seria um atentado não só ao princípio da Legalidade, mas à Segurança Jurídica, ambos basilares e intrínsecos ao Estado Democrático de Direito. Além de que não existe como aferir a intenção do agir humano de forma confiável, já que ela só é acessível se materializada em campos objetivos, como contratos e verbalizações, podendo haver omissões, o que enfatiza a imprecisão em questão. Não há viabilidade alguma para aplicação dessas teorias, que poderia implodir os preceitos da democracia, com a criação de um direito não uno e subjetivo em excesso.

Além disso, Tatiana consegue rechaçar todas essas teorias sob a égide do mesmo argumento. Embora ela admita que fatos jurídicos também possam ser fatos econômicos, políticos e sociais, a literata defende que o direito só deva observar o binômio lícito/ilícito na aplicação de suas normas. Subjugar o código jurídico em detrimento do código econômico (ter/não ter), por exemplo, em certas decisões judiciais se revela algo extremamente preocupante.

Tatiana, em expressões que me remetem a Hans Kelsen, termina esse trecho da sua dissertação com os seguintes dizeres, em que delineia que o que as teorias intencionalistas têm em comum é "valorizar algo que está fora do Sistema Jurídico e pretender que as normas jurídicas busquem seu fundamento de validade em algo extralegal, e isso, a partir dos pilares teóricos que aqui construímos, é inadmissível".

Em uma combinação das teorias de Luhmann e Kelsen, pode-se fazer a seguinte análise: se uma norma, no sentido kelseniano, tira seu fundamento de validade de algo extra-jurídico, há evidências de corrupção sistêmica.

No último capítulo da parte 3 de sua dissertação - antes das análises dos casos concretos, Tatiana fala finalmente da Elisão Fiscal a partir das teorias de Flusser e Luhmann.

Primeiramente, a partir da analogia criada por Flusser entre tradução e interpretação, Tatiana demonstra que um mesmo fato, interpretado por duas "línguas diferentes" poderão resultar objetos diferentes. Por exemplo,

se para o direito a elisão é uma prática lícita, para a economia deve ser vista como maneira de reduzir custos. Assim, com certeza pode haver diálogo entre essas interpretações, mas uma não traduz a outra. Olhar para o direito com uma visão econômica não refletirá uma realidade jurídica, já que ela só tem olhos para uma realidade da economia. Para o Direito, não interessa o efeito econômico de um ato jurídico, mas seus efeitos legais. São realidades construídas com sistemas linguísticos diversos.

Mais uma vez, pode-se trazer Kelsen à tona. Ele veementemente defende em seus textos que pouco importa se o conteúdo da norma condisser com a moral ou qualquer outro sistema valorativo: uma norma é válida se tira seu fundamento de validade de uma norma superior, até que se chegue à constituição. Assim, ele aceita a existência de outros sistemas, mas não permite que eles interfiram na construção normativa, que se basta.

Tatiana encara que a elisão, sob uma ótica sistêmica, provoca irritações recíprocas entre Direito e Economia. A interferência entre sistemas é inegável. Mensagens da economia, por exemplo, podem estimular o sistema jurídico, que pode assimilar algum fato e evoluir. A questão é que essa absorção gera mensagens jurídicas, e não econômicas. Tatiana explica essa interação em termos Luhmannianos: diz que os vários subsistemas não se interpenetram, apenas passam informações um para o outro: o que pode provocar uma irritação e possível assimilação, ou também nada influenciar. Os sistemas se integrariam sendo abertos em termos cognoscentes e fechados em termos operacionais.

3. Conclusão

Tatiana conclui suas observações citando Marcelo Neves. Ela diz que uma comunicação jurídica jamais pode tomar em conta outro código em detrimento do seu, o que poderia levar ao bloqueio das comunicações do sistema e, em casos extremos e repetitivos, a alopoiese, em razão da corrupção sistêmica.

O texto mostra bastante a interação inter-sistêmica entre as esferas direito e economia. É inegável que quase nenhum fato é exclusivamente pertencente a um sistema, diante da complexidade do mundo do século XXI e seu caráter global, o que é excelente, mas torna alguns cuidados extremamente necessários. Os fatos jurídicos sempre tem algum impacto em outro sistema, quer seja a economia ou a política, mas ainda que essa interação seja evidente e os acoplamentos estruturais cada vez mais

firmem, é preciso um estudo cada vez mais detalhado e uma cautela sempre delicada para que não se perca a essência de cada sistema.

No âmbito jurídico, esse cuidado pertence principalmente à aplicação das leis. A análise das comunicações entre sistemas deve ser bem delineada na criação normativa, em que são sopesados os impactos jurídicos, econômicos, políticos, sociais, e etc de cada dispositivo legal. Por outro lado, as sanções devem ser aplicadas com a maior uniformidade possível, e dentro do tão supracitado binômio licitude/ilicitude, para que haja uma justiça mais efetiva. Lógico que há casos mais complexos, em que maior exame é necessário, o que traz à tona fatos multifacetados mas jamais pode permitir que se subjugue o código base do Direito em desvantagem ao de outro sistema – o que pode culminar, como supradito, em corrupção sistêmica, quando um sistema se torna dependente de outro, dele se nutrindo.

O que se enseja aqui não é motivar uma atitude kelseniana - que aceita a existência de outros sistemas mas nega a interdependência entre o direito e eles - e dar pouca brecha à exegese, mas demonstrar que pode ser preocupante levar em conta códigos não jurídicos para a aplicação da lei. Se há permissividade para que o aplicador da lei usualmente saia do domínio jurídico e caminhe por outras searas, como os resultados econômicos de tal negócio jurídico em detrimento da sua forma ou da intenção do indivíduo ao invés de sua efetiva ação, há azo para um estado de desmando e discricionariedade exacerbada, fatores diametralmente opostos aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

4. Referências bibliográficas

AGUIAR, Tatiana. Proposta de interpretação para os atos elisivos: dialogando com a Filosofia da Linguagem e com a Teoria dos Sistemas. 2008 PUC – SP

CARVALHO, Paulo de Barros; Curso de Direito Tributário. 28. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros; Direito Tributário – Linguagem e Método. . ed. São Paulo/SP: Noeses, 2015.

LUHMANN, N. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B. ; SAMIOS, E. M. B. (Org.). Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

[1] AGUIAR, Tatiana. Proposta de interpretação para os atos elisivos: dialogando com a Filosofia da Linguagem e com a Teoria dos Sistemas. 2008 PUC – SP

O TERCEIRO SETOR NO BRASIL: DO CONTEXTO HISTÓRICO AO NOVO MARCO REGULATÓRIO DA LEI 13.019/14

JOSÉ LUPÉRCIO RAMOS DE OLIVEIRA JÚNIOR:

Advogado, Pós-Graduado em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Escola Superior da Advocacia do Amazonas - OAB/AM, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

RESUMO: Pretende-se demonstrar com este trabalho as principais transformações do Terceiro Setor, desde sua origem até a edição da Lei 13.019/14, caracterizada esta como seu Novo Marco Regulatório. Tal modelo, amplamente valorizado pela nova norma, em razão da ineficiência dos serviços públicos prestados exclusivamente pela Administração Pública, se mostra um importante vetor do desenvolvimento social impulsionado pela própria sociedade civil organizada. A pesquisa bibliográfica permite destacar os diversos posicionamentos sobre o tema. A finalidade do trabalho é estimular o debate e o conhecimento sobre o assunto, de forma que os avanços do Terceiro Setor, através das parcerias firmadas com as Organizações da Sociedade Civil, resultem de forma mais rápida na melhoria das atividades sociais.

Palavras-chave: Terceiro Setor; Administração Pública; Organização da Sociedade Civil;

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Terceiro Setor: Conceito e Contexto Histórico: 2.1 Histórico do Terceiro Setor no Brasil; 2.2 Atuação do Terceiro Setor a partir da CF/88 - 3. Das novidades introduzidas pela Lei 13.019/14 – 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1.INTRODUÇÃO

Historicamente, a ordem sociopolítica compreendia apenas dois setores: o público e o privado, respectivamente, como primeiro e segundo setores da sociedade civil. No primeiro setor, o público, se encontra o

Estado com a administração pública, enquanto no segundo setor, se encontra o mercado, fruto da iniciativa dos indivíduos.

Com a falência do modelo estatal absolutista e a ineficiência em suprir todas as necessidades da sociedade, justamente por não alcançá-las, fez surgir o Terceiro Setor para suprir as demandas sociais que não eram alcançadas nem pelo primeiro e nem pelo segundo setor, a partir de iniciativas da própria sociedade.

Diante de tais premissas surgiu o conceito de Terceiro Setor, para qualificar as organizações de natureza privada, criadas por iniciativa particular, mas que se diferem das organizações de mercado, do Segundo Setor, por serem dedicadas à consecução de objetivos sociais ou públicos, estes até então de caráter exclusivo do então chamado Primeiro Setor.

Assim, num contexto de novos modelos mercadológicos de responsabilidade social, bem como da iniciativa particular para prestar serviços públicos de cunho social em colaboração com a Administração Pública, fez-se necessária uma reconstrução legislativa sobre o tema.

Surgiu assim a Lei 13.019/14, chamada de Novo Marco Regulatório do Terceiro Setor, disciplinando o modelo de forma mais rigorosa, bem como apresentando novas alternativas de prestação de serviços públicos e práticas padronizadas de governança.

Por isso, diante dos novos conceitos de responsabilidade social e necessidades coletivas, bem como do tão almejado estado mínimo, cumpre analisar as novas perspectivas para o modelo a partir do estudo da nova legislação.

2.O TERCEIRO SETOR: CONCEITO E CONTEXTO HISTÓRICO

O termo "Terceiro Setor" tem sido utilizado pelas ciências sociais para destacar as organizações criadas pela sociedade civil que não tenham a finalidade o lucro, mas sim a satisfação social.

O Terceiro Setor é entendido com a área onde se encontram as entidades que não fazem parte do Estado nem do mercado, Primeiro e Segundo Setor respectivamente.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, 601), apresenta a seguinte definição de Terceiro Setor:

Os teóricos da Reforma do Estado incluíram essas entidades no que denominam de terceiro setor, assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado. Na realidade, ele caracteriza-se por prestar atividade de interesse público, por iniciativa privada, sem fins lucrativos; precisamente pelo interesse público da atividade, recebe proteção e, em muitos casos, ajuda por parte do Estado, dentro da atividade de fomento; para receber essa ajuda tem que atender a determinados requisitos impostos por lei que variam de um caso para outro;

A Organização das Nações Unidas, em conjunto com a Universidade John Hopikns, elaborou o "Handbook on nonprofit institutions in the system of national accounts", que é um manual que traz as características das entidades do Terceiro Setor, quais são: natureza privada; ausência de finalidade lucrativa; institucionalizadas; auto-administradas e voluntárias. São critérios que têm função de desvincular o Terceiro Setor dos demais setores.

Entretanto, a adoção de um conceito para o Terceiro Setor correspondente à totalidade das entidades sem fins lucrativos é inútil, já que tal categoria não corresponde a um regime jurídico próprio, pois o universo das entidades constituídas sem fins lucrativos envolve inúmeras ações, objetivos e interesses, cada qual sujeito a determinado conjunto de normas jurídicas.

Ruth Cardoso (CARDOSO apud OLIVEIRA, 2007, p. 167) apresentou uma definição que rompe com a dicotomia entre o público e o privado, ao dizer: "O conceito de Terceiro Setor descreve um espaço de participação e experimentação de novos modelos de pensar e agir sobre a realidade social."

De acordo com este raciocínio, o Terceiro Setor não se encontra acima ou abaixo, antes ou depois do Estado e do mercado, mas sim entre os demais setores. Neste sentido para Vital Moreira (MOREIRA apud OLIVEIRA, 2007, p. 168): "[...] trata-se de um setor intermediário entre o Estado e o mercado, entre o setor público e o privado, que compartilha de alguns traços de cada um deles."

Fernando Borges Mânica (2007, p. 173) trouxe a seguinte definição para o Terceiro Setor:

Conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, constituídas de acordo com a legislação civil sob a forma de associações ou fundações, as quais desenvolvam atividades de defesa e promoção de quaisquer direitos previstos pela Constituição ou prestem serviços de interesse público.

Já a literatura de Gustavo Justino de Oliveira (2007, p. 214) apresenta um conceito de Terceiro Setor como ciência jurídica, a saber:

É o ramo do Direito que disciplina a organização e o funcionamento das entidades privadas sem fins lucrativos, as atividades de interesse público por elas levadas a efeito e as relações por elas desenvolvidas entre si, com órgãos e entidades integrantes do aparato estatal (Estado), com entidades privadas que exercem atividades econômicas eminentemente lucrativas (mercado) e com pessoas físicas que para elas prestam serviços remunerados ou não remuneradas (voluntariado).

No âmbito das Cortes de Contas, o Ministro do Tribunal de Contas da União, Marcos Vinícios Vilaça apresentou o seguinte comentário acerca do Terceiro Setor:

De qualquer modo, até recentemente, o Estado (Primeiro Setor) e o Mercado (Segundo Setor) se apresentavam distintos um do outro. Nas últimas décadas, identifica-se a emergência do Terceiro Setor, onde se situam "organizações privadas com adjetivos públicos, ocupando pelo menos em tese uma posição intermediária que lhes permita prestar serviços de interesse social sem as limitações do Estado, nem sempre evitáveis, e as ambições do Mercado, muitas vezes inaceitáveis.

Tal modelo também não foi imunizado de críticas, dentre as quais se destacam as críticas ao modelo do Terceiro Setor asseveradas Fernando Guilherme Tenório (TENÓRIO apud CARVALHO, 2008, p. 931), a saber:

[...] devemos ser cautelosos quando à perenidade do setor privado em ações voltadas para o social. Quem pode garantir que em época de crise econômica este setor manteria investimentos corporativos na área social? Um projeto social seria mantido? Qual o real grau de comprometimento que este setor manteria com agentes sociais do terceiro setor? Portanto, ainda cabe ao primeiro setor, principalmente nos países subdesenvolvidos, o compromisso com a solução dos problemas sociais, e não apenas o desempenho da função de intermediário entre os anseios da sociedade e do Estado"

Não se pode ignorar a possibilidade de entidades do Terceiro Setor serem tão ineficientes quanto as públicas, pois a constituição de uma entidade deste tipo não é garantia de maior eficácia ou eficiência.

Por fim, deve-se registrar que a solução de quaisquer problemas públicos passa pela articulação com segmentos diversos da sociedade, por meio de alianças, parcerias e redes organizacionais. Registre-se a impossibilidade de se transferir a entidades do Terceiro Setor toda a responsabilidade pelas políticas públicas imputáveis ao Estado, por ser este setor seu “parceiro” no processo de fortalecimento da sociedade, e não seu substituto.

2.1. Histórico do Terceiro Setor no Brasil

No Brasil, a expressão Terceiro Setor ainda é de abrangente conceito, encontrando-se ainda na fase de consolidação. Por Terceiro Setor entende-se o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, de caráter voluntário e sem fins lucrativos, que desenvolvam atividades de defesa e promoção dos direitos fundamentais ou prestem serviços de interesse público.

Visto tal conceito, pode-se verificar que entidades com características semelhantes ao conceito de Terceiro Setor sempre existiram em todas as manifestações da vida social organizada.

No mundo moderno, importante exemplo de associativismo encontra-se na sociedade americana, onde o protagonismo e mobilização social tornaram-se características daquele país. A sociedade americana organizou-se em treze colônias, e depois de conquistada sua independência, passou a construir o Estado americano.

Já no Brasil o processo foi inverso, pois primeiro criou-se o Estado, e depois a sociedade. A condição de colônia de exploração, aliada à extensão territorial brasileira fez com que a mobilização social no país fosse praticamente nula durante os seus primeiros três séculos.

Durante esse período, desde meados do século XVI, a prestação de serviços de interesse público ficou restrita à atuação da Igreja Católica, sobretudo por meio das confrarias e irmandades, as quais, posteriormente ganharam companhia de entidades criadas por outras igrejas e associações de imigrantes. É importante destacar o papel das Santas Casas, que remontam há mais tempo, desde a segunda metade do século XVI, época

em que a presença das Igrejas Cristas na prestação de serviços à comunidade era muito forte. A atuação das Igrejas, com o devido suporte do Estado, era responsável pela grande parte das entidades que prestavam algum tipo de assistência às comunidades mais necessitadas. Esse tipo de atuação da Igreja concomitante ao Estado durou todo o período colonial, até o início do século XIX.

Com relação à atuação de grupos sociais na defesa e promoção de direitos e interesses, há registros históricos de movimentos não organizados e não duradouros, com destaque para a defesa de idéias abolicionistas, na segunda metade do século XIX.

No século XX, a situação sofre sensível alteração. No cenário social, a urbanização e industrialização fizeram com que surgissem inúmeras associações profissionais, associações de classe e sindicatos. No mesmo período outras religiões passam a atuar na área da filantropia, sempre associadas ao Estado. Nessa nova fase, embora as Igrejas fossem outras, os benefícios de parcerias com fins filantrópicos com o Estado eram os mesmos.

No campo institucional, com a Constituição de 1934, o Estado brasileiro assumiu o modelo Estado Social, passando a voltar sua atuação na área econômica e social, ocorrendo assim, maior aproximação entre Estado e sociedade.

Durante o período ditatorial, a partir de 1937, essas entidades passaram a ser perseguidas pelo Estado, e durante o período intervencionista, foi ampliado o aparato estatal destinado à prestação de serviços sociais, com a construção e ampliação de escolas e hospitais públicos.

Destaca-se em 1942 a criação da Legião Brasileira de Assistência, com o objetivo de prestar serviços de assistência social. Durante esse período, foram instituídos por determinação legal, os serviços sociais autônomos, pessoas jurídicas de direito privado, mantidas por contribuições sociais e dotação orçamentária, com o objetivo de prestar

educação profissional e assistência aos cidadãos vinculados ao setor produtivo.

No que tange à relação das entidades do Terceiro Setor com o Estado, desde o final do século 20 as entidades prestadoras de serviços de interesse público recebiam auxílio do Estado por meios de pedidos endereçados ao Presidente da República, o qual concedia baseado em critérios pouco definidos. Utilizava-se para tanto recursos advindos da chamada contribuição de caridade, cobrada sobre a importação de bebidas alcoólicas.

Em 1931 cria-se a chamada Caixa de Subvenções, a partir da qual o Ministério da Justiça passou a desempenhar a função de análise e fiscalização dos pedidos de subvenção social a partir de critérios previamente definidos.

Já em 1938, por meio do Decreto-Lei 525, foi criado o Conselho Nacional do Serviço Social (CNSS), consolidando a aliança entre o Estado e as entidades prestadoras de serviços de interesse público nas áreas de assistência social, saúde e educação. O CNSS tinha como principal atribuição, a avaliação de pedidos de subvenções para posterior homologação do Presidente da República.

Em 1951 o CNSS passa a gerenciar o Registro Geral de Instituições, onde todas as instituições deveriam ser cadastradas para fins de benefícios fiscais, e posteriormente, coube ainda ao CNSS fornecer o certificado de fins filantrópicos.

Ao cabo desse período, até a Constituição de 1988, verifica-se um importante crescimento no número de entidades associativas de benefício mútuo e de defesa de direitos.

2.2. Atuação do Terceiro Setor a partir da CF/88

O contexto histórico da Constituição de 1988 trazia uma explosão de movimentos associativos no âmbito nacional e internacional. No nível externo, com o movimento de globalização, ganham destaque organizações supranacionais de defesa e promoção de direitos como o

meio-ambiente, democracia e paz. No âmbito nacional, ganharam relevo movimentos sociais estruturados das mais diversas naturezas. No meio empresarial surge a chamada “responsabilidade social”.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a atribuir de maneira expressa, o dever à sociedade civil de contribuir, por meio de organizações privadas sem fins lucrativos, na consecução dos objetivos do Estado brasileiro. São diversos os artigos da Carta Magna que imputam o dever contribuição.

Constata-se nas últimas décadas um crescimento quantitativo e qualitativo do Terceiro Setor como um todo. Com a consolidação democrática, através de pluralidades partidárias, formação de sindicatos e fortalecimentos de movimentos sociais urbanos e rurais, abre-se espaço para uma atuação mais efetiva de tais organizações, que passaram a assumir um protagonismo social.

Atualmente, a literatura divide o Terceiro Setor em quatro espécies de organização, a saber: serviços sociais autônomos, entidades de apoio, Organizações Sociais (OS), Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e Organizações da Sociedade Civil (OSC), que embora apresentem denominações similares são modelos completamente distintos.

3. DAS NOVIDADES INTRODUZIDAS PELA LEI 13.019/14

A Lei 13.019/14, publicada em 1º de agosto de 2014, é caracterizada como o novo Marco Regulatório do Terceiro Setor no Brasil. Tal norma foi aprovada diante de um contexto de diversas denúncias de corrupção no âmbito das parcerias celebradas com a Administração Pública, sendo uma tentativa de regular as práticas de gestão e prestação de contas de tais entidades.

Tal norma, diante da expressiva transformação do modelo, apesar de aprovada e publicada em 2014 só passou a ter vigência para Estados e União a partir de 23 de janeiro de 2016, e para os Municípios a partir de 1º de janeiro de 2017. O lapso temporal por si demonstra o quanto foi necessário preparar as Instituições para as novas adequações.

A referida lei tem alcance a todas as entidades do Terceiro Setor que façam parceria com o Poder Público, de qualquer dos níveis de governo, para prestação de atividades de interesse público.

Ressalte-se que a própria norma excluiu da sua incidência os contratos de gestão celebrados com Organizações Sociais, bem como os Termos de Parceria firmados com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, fruto de alteração trazida pela Lei 13.204/15, que restringiu o âmbito de aplicação da norma originária antes mesmo daquela entrar em vigor.

A Lei 13.019/14 apresenta o conceito legal de organização da sociedade civil, a saber:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - organização da sociedade civil:

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

b) as sociedades cooperativas previstas na [Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999](#); as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as

capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social.

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos;

Vê-se que a norma amplificou o conceito e alcance de tais entidades se comparadas aos conceitos das Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, em uma tentativa de ampliar o leque de oportunidades para as entidades que não possuem as referidas qualificações.

Quanto aos instrumentos firmados entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, a norma prevê três instrumentos, que são o Termo de Colaboração, o Termo de Fomento e o Acordo de Cooperação.

O Termo de Colaboração deve ser utilizado nas parcerias propostas pela Administração Pública, em que haja transferência de recursos públicos.

Já o Termo de Fomento diferencia-se pelo fato de ser o instrumento adequado para celebração de parceria proposta pela Organização da Sociedade Civil (OSC). Veja-se que a diferença reside na parte proponente do programa.

Em relação ao Acordo de Cooperação, este poderá ser celebrado quando a parceria estabelecida entre administração e organização da sociedade civil não envolva repasse de recursos públicos.

Assim, para celebração de Termo de Colaboração ou de Fomento, a norma determina a realização de chamamento público, que é o procedimento adequado para a seleção da organização da sociedade civil a executar o Projeto, já que há repasse de recursos públicos.

O art. 2º da Lei 13.019/14 apresentou conceito próprio acerca do chamamento público, a saber:

XII - chamamento público: procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos;

O chamamento público visa garantir a impessoalidade na escolha da instituição, bem como evitar favorecimento de particulares em detrimento aos fins públicos. Tal como uma licitação, o chamamento será regido por um edital específico amplamente divulgado, as propostas serão devidamente julgadas por comissão previamente designada, a instituição deve apresentar habilitação jurídica compatível com o objeto da parceria, entre outros requisitos.

Ademais, diante dos novos modelos de parceria instituídos pela lei, os convênios deixaram a ser o instrumento de parceria das entidades sem fins lucrativos com o Estado, passando este a ser aplicado apenas nas relações entre instituições públicas.

Quanto às novas medidas de controle implementadas pela nova lei, cumpre destacar que a aprovação na Casa Legislativa ocorreu dentro de um contexto de inúmeras denúncias sobre ilegalidades ocorridas nas parcerias firmadas com a administração pública. Assim, na tentativa de moralizar as parcerias realizadas com tais entidades novas técnicas de fiscalização e controle foram apresentadas.

Destacam-se as medidas de transparência como a obrigatoriedade de publicação por meio eletrônico das relações celebradas com os respectivos planos de trabalho, possibilitando assim o conhecimento dos encargos assumidos pela instituição frente à sociedade, bem como a exigência de prévia experiência com o objeto a ser contratado.

Durante a execução do Projeto, a norma prevê de monitoramento e avaliação permanente por parte da administração pública. A administração

pode ainda, a qualquer tempo, retomar os bens públicos em poderes da organização da sociedade civil e de assumir a responsabilidade da execução do restante do objeto.

Quanto à previsão de penalidades pela execução de parceria em desacordo com o plano de trabalho, a lei prevê advertência, suspensão temporária em chamamento público, impedimento de contratar com a administração pública, declaração de inidoneidade, e aplicação de novas modalidades de atos de improbidade administrativa.

Todas as medidas mencionadas são importantes formas de controle na busca pela moralização de tais parcerias e profissionalização do modelo, trazendo segurança jurídica para a administração pública e para as próprias entidades, já que a maior fiscalização resultará certamente na aplicação de melhores práticas pelas próprias instituições.

Outra novidade destacável da nova legislação reside no chamado Procedimento de Manifestação de Interesse Social, instrumento através do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos podem apresentar propostas ao poder público acerca de projetos sociais, para que este avalie a celebração de parceria.

Tal manifestação deverá ser tornada pública no site oficial do órgão, com a posterior realização de audiência pública para a discussão do tema com a própria sociedade.

Em que pese o referido procedimento, a Organização da Sociedade Civil só poderá firmar a parceria com a administração pública em sendo vencedora do respectivo chamamento, ainda que tenha sido a própria proponente.

Trata-se de um novo modelo de participação popular na escolha das atividades públicas, dando oportunidade de criação de programas pelos próprios beneficiários do mesmo, no caso a sociedade civil.

Já em relação às prestações de contas, a Organização da Sociedade Civil deverá apresentar sua prestação de contas com todos os valores

recebidos e gastos efetivados para análise por parte da Administração Pública, sem prejuízo do controle exercido pelo Tribunal de Contas previsto na Constituição.

A norma determina que a instituição apresente os Relatórios de Execução do Objeto, contendo o comparativo de metas previstas e resultados alcançados, e o Relatório de Execução Financeira, com a descrição das despesas e receita efetivamente realizadas.

Veja-se que não basta o controle contábil, devendo a parceria observar o controle operacional a partir da análise das metas com os resultados atingidos.

Há previsão legal do prazo de 90 (noventa) dias para apresentação de prestação de contas após o término da parceria, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias. No caso de irregularidade ou omissão na prestação de contas, a própria lei abranda ao prever a possibilidade concessão de prazo para saneamento de tal irregularidade por parte da entidade.

Para a administração pública, a norma prevê o prazo de 150 (cento e cinquenta) dias para a apreciação de tal prestação de contas, sob pena de responsabilidade dos gestores públicos.

Assim, diante de todos esses aspectos, em que pese polêmicas jurídicas ainda em aberto sobre o alcance da lei 13.019/14, as entidades abrangidas pela nova norma devem adequar-se a este novo panorama.

Os critérios de seleção foram alterados, as exigências ampliadas, as formas de controle distribuídas, e os resultados deverão ser cobrados. Assim, devem as instituições cumprir requisitos específicos, como tempo mínimo de existência, experiência prévia no objeto da parceria, criação de órgãos internos de fiscalização, elaboração de regulamento de compras e contratações para uso de recursos públicos e regras para prestação de contas.

Todas essas medidas que transformaram o modelo e trouxeram a necessidade de alteração dos estatutos das instituições existentes, visando

evitar problemas na continuidade na prestação de tais serviços de interesse público e ao mesmo tempo ampliar as possibilidades de novas parcerias.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo isso, diante dos novos conceitos de responsabilidade social e participação da sociedade civil, a colaboração de tais entidades na consecução das finalidades públicas deve ser fomentada e normatizada, respaldando assim o modelo.

Ademais, num contexto de crise econômica e convulsão social, o Estado não pode dar ao luxo de dispensar a contribuição de tais entidades e a vontade de contribuir da sociedade civil. O desenvolvimento social pleno só virá com a participação de todos os atores do processo.

Deve-se ainda, através dos novos mecanismos de controle, evitar a ocorrência de fraudes e parcerias nem sempre republicanas, transformando um modelo que passou anos praticamente na informalidade, em um modelo de gestão profissional de atividades de interesse público.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014**. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1 de ago. 2014.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Os Tribunais de Contas e o Terceiro Setor: Aspectos Polêmicos do Controle. In, OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras Entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MÂNICA, Fernando Borges. Panorama Histórico Legislativo do Terceiro Setor no Brasil: Do Conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP. In, OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras Entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 163-194.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Os Tribunais de Contas e o Terceiro Setor: Aspectos Polêmicos do Controle. In, OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras Entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MEIO DE TUTELAR OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO

CLARINDO JOSÉ LÚCIO GOMES JUNIOR:

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM, Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus; servidor do Tribunal de Justiça do Amazonas.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de estudar a possibilidade de ingresso do Poder Judiciário no campo de políticas públicas para a proteção dos assim denominados direitos sociais, por ocasião de uma omissão do Poder Público em tutelar o chamado Mínimo Existencial de tais direitos, sobretudo através do mecanismo da tutela coletiva de direitos, de maneira a constatar a legitimidade de tal postura pelo órgão judicante, levando-se em consideração a magnitude do conflito, o Princípio da Separação de Poderes e a famigerada Reserva do Possível, tanto no plano de elaboração quanto de execução do orçamento público. Há argumentos apresentados no texto tanto para a hipótese de aceitação da interferência judiciária e para aqueles que a negam, entendendo tratar-se de violação à separação de poderes. Para alcançar tal objetivo, seguiu-se o método técnico-científico, com um estudo doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema, passando pela construção de conceitos básicos necessários à formação de um pensamento crítico sobre a matéria, além de apanhados históricos sobre institutos a serem abordados, sem olvidar-se de trazer e opinião de grandes autores sobre o tema, para acrescer embasamento teórico ao trabalho.

Palavras-Chave: Reserva do Possível, Mínimo Existencial, Tutela Coletiva, Ativismo Judicial, Legitimidade.

ABSTRACT: The present work has the objective of studying the possibility of joining the Judiciary in the field of public politics for the protection of so-called social rights, on the occasion of an omission by the State to protect the Minimum Existential of such rights, especially through the Mechanism of class actions, in order to verify the legitimacy of such a position by the

Judiciary, taking into account the magnitude of the conflict, the Separation of Powers and the known Possible Reserve, both in the elaboration plan and in Implementation of the public budget. Were considered arguments both of the hipotesis of acceptance of the judiciary interference and for its denial. To achieve this objective, it was used the scientific method, with a doctrinal and jurisprudential study on the subject, including the construction of basic concepts, necessary for the formation of a critical opinion on the subject, as well as historical recordings about institutes to be addressed, without forgetting to bring the opinion of great authors on the subject, to add theoretical background to the work.

Keywords: Possible Reserve, Minimum Existential, Class Actions, Judicial Activism, Legitimacy.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. LINHAS GERAIS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS. 2.1 Breve Escorço Histórico. 2.2 A Coisa Julgada nas Ações Coletivas. 3. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL. 3.1. Os Direitos Sociais na Constituição Federal. 3.2. O Mínimo Existencial e sua relação com os Direitos Fundamentais a uma Prestação. 3.3. A Reserva do Possível como Condição à Efetivação de Direitos a Uma Prestação. 4. POSSIBILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL EM CONFLITOS MULTITUDINÁRIOS DIANTE DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS. 4.1. Ativismo Judicial e Separação de Poderes. 4.2. A Dialeticidade entre Reserva do Possível e Mínimo Existencial. 4.3. A Tutela de direitos sociais por intermédio da Ações Coletivas. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O direito brasileiro, atendendo à demanda social existente, evoluiu da tutela eminentemente individual para a criação de um mecanismo de tutela coletiva de direitos. Tal mutação revela, verdadeiramente, uma tendência mundial de coletivização dos conflitos, e a adequação dos ordenamentos para satisfazer a necessidade de uma pacificação social adequada.

Nesse sentir, importante mencionar que a ação civil pública é, antes de mais nada, ação de cunho constitucional, garantidora de direitos previstos na carta magna. Faz parte das denominadas garantias instrumentais, que visa operacionalizar e dar consistência aos direitos fundamentais em seu âmbito material. E tais ações caracterizam-se por, além de terem procedimentos céleres, visarem alcançar o máximo de efetividade na tutela dos direitos garantidos.

Constata-se, através de tais considerações, que a tutela coletiva de direitos no ordenamento jurídico brasileiro é bastante ampla, contando com um grande arcabouço de normas jurídicas interconectadas, sensíveis à necessidade supracitada por uma tutela efetiva no que tange à macroconflituosidade que se afigura numa sociedade plural, complexa e cada vez mais populosa e interligada através dos meios de comunicação e da tecnologia.

Com o crescente problema da necessidade de garantir o mínimo existencial presente nos direitos fundamentais constantes no texto constitucional, que contrastam com a famigerada reserva do possível, é cada vez maior a demanda da população pugnando pela intervenção judicial, que muitas vezes precisa adotar uma postura vista por alguns como essencialmente ativista.

É cediço que o Poder Judiciário tem a missão constitucional de tutelar lesão ou ameaça de lesão aos direitos da população. Ainda que se reconheça que a macroconflituosidade dos direitos em aparente contradição possa resultar em restrições mais severas à atividade administrativa, não se deve descartar de plano a legitimidade da Ação Civil Pública, como meio de tutela coletiva que é, para remediar uma omissão inconstitucional. Busca-se por meio do presente estudo aprofundar-se no tema e expor argumentos em favor dos tutelados e do Estado, de maneira a encontrar uma solução viável.

O tema trazido é deveras espinhoso, na medida em que comporta diversas análises e pontos de vista a respeito de matrizes constitucionais de elevada hierarquia. A proposta de estudo transita nos limites entre a

Separação de Poderes e a Inafastabilidade da Jurisdição como garantia de sua força normativa.

Revela-se Legítimo questionar: Até que ponto é legítimo um membro não eleito pela coletividade pode intervir na disposição de recursos públicos de maneira a garantir o acesso a direitos básicos, em possível detrimento de terceiros que seriam beneficiados por tais recursos? Tal problema se magnifica quando se pensa em uma tutela coletiva de direitos, em que a conflituosidade não se restringe aos poucos que ingressam efetivamente no judiciário, mas ocorre em larga escala.

O presente trabalho, inspirado em trabalho de conclusão de curso utilizado na pós graduação, utiliza como método de pesquisa exclusivamente a abordagem indireta, através de pesquisa bibliográfica e documental, com a captação de opiniões de trabalhos constantes no referencial, mas de forma a construir um pensamento crítico acerca da matéria.

Através da construção de conceitos, e da análise da abrangência de institutos dentro do ordenamento jurídico, com o estudo do sistema deste, visa-se formar uma conclusão satisfatória e fundamentada acerca da problemática apresentada.

2. LINHAS GERAIS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DA TUTELA COLETIVA DE DIREITOS

2.1 Breve Escorço Histórico

Há quem aponte a origem histórica das ações de natureza coletiva ao Direito Romano, no qual o cidadão era legitimado para promover a defesa da coisa pública em razão do vínculo que possuía com ela. Nesse sentido, Freddie Didier traz interessante apanhado histórico:

Primeiro, e mais conhecido, o antecedente romano da ação popular em defesa das *rei sacrae*, *rei publicae*. Ao cidadão era atribuído o poder de agir em

defesa da coisa pública em razão do sentimento, do forte vínculo natural que o ligava aos bens públicos lato sensu, não só em razão da relação cidadão/bem público, mas também pela profunda noção de que a *República pertencia ao cidadão romano*, era seu dever defendê-la. Daí o brocardo *Reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa* (interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa) (DIDIER, ZANETI, 2013, p.25)

Deveras, parece impróprio negar o caráter coletivo da tutela de direitos em tal ordenamento.

Todavia, apesar de advir de sistema distinto do nosso, o de *common law*, a principal inspiração do microssistema brasileiro de processos coletivos (que será abordado mais a frente).

Tal antecedente não é esquecido pelo jurista baiano:

Já as ações coletivas das “classes”, antecedente mais próximo das atuais class actions norte-americanas e da evolução brasileira das ações coletivas disciplinadas no CDC, são existentes na prática judiciária anglo-saxã nos últimos oitocentos anos. (DIDIER, ZANETI, 2013, p.25)

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, endossa a tese, explicitando a origem da legitimação coletiva no direito inglês:

Aponta-se a experiência inglesa, no sistema da common law, como origem dos instrumentos do processo coletivo, e, mais especificamente, da tutela coletiva de direitos. Desde o século XVII, os tribunais de equidade (Courts of Chancery) admitiam, no direito inglês, o bill of Peace, um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual todos os sujeitos devem, necessariamente, participar do

processo (...). Assim nasceu, segundo a maioria dos doutrinadores, a ação de classe (*class action*). (ZAVASCKI, 2006, p.29-30)

E continua o citado mestre, trazendo como consequência da experiência inglesa, a consagrada experiência norte-americana:

"O certo é que da antiga experiência das cortes inglesas originou-se a moderna ação de classe (*class action*), aperfeiçoada e difundida no sistema norte-americano, especialmente a partir de 1938, com a *Rule 23 das Federal Rules of Civil Procedure (...)*." (ZAVASCKI, 2006, p.30)

A evolução processual em direção à formação de um microssistema de tutela coletiva no Brasil passou por duas fases, segundo Teori Zavascki. A primeira delas teve início a partir de 1985, e se dá com a introdução no ordenamento jurídico de diplomas normativos, até então inexistentes, para a tutela de interesses transindividuais:

São marcos importantes da primeira etapa as diversas leis regulamentadoras das chamadas 'ações civis públicas', a começar pela Lei 7.347, de 24.07.1985 (que disciplinou a 'ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico', e aos direitos e interesses difusos de um modo geral). Seguiram-na outras, provendo sobre a tutela de interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiências (Lei 7.853, de 24.10.89), de crianças e adolescentes (Lei 8.069, de 13.07.90), de consumidores (Lei 8.069, de 11.09.90), da probidade na administração pública (Lei 8.429, de 02.06.92), da ordem econômica (Lei 8.884, de 11.06.94) e dos interesses das pessoas idosas (Lei 10.741, de 01.10.03). (ZAVASCKI, 2006, p.19)

Já a segunda onda de reformas se deu através de modificações realizadas no próprio CPC/73, instituindo definitivamente o sincretismo processual, conforme se viu no capítulo primeiro deste trabalho, bem como a universalização possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, no bojo dos autos:

É inegável, ainda hoje, a importância da classificação tradicional da tutela dos direitos, em tutela de conhecimento, de execução e cautelar. Mas certamente ele já não pode ser tida como única e mais importante, como a considerava Liebman. Pela nova configuração que o sistema processual assumiu com a segunda onda de reformas, especialmente em decorrência da universalização do instituto da tutela antecipada, muito mais importante e apropriado será considerá-la nas duas dimensões que agora evidentemente ocupa (...), a saber: a) a tutela definitiva (...); e b) a tutela provisória (...). (ZAVASCKI, 2006, p.26-27)

A consagração do sincretismo processual foi definitivamente mantida no Código de Processo Civil de 2015, conforme se infere do Título II, Art. 513 e seguintes do referido diploma.

Veja-se que com o advento da Constituição Cidadã, em 1988, ficou expressamente consagrados diversos direitos de natureza metaindividual, bem como a legitimidade da substituição processual, conceitos vistos adiante:

Com o advento da Constituição de 1988, ficou expressamente consagrada, com a marca da sua estatura superior, a tutela material de diversos direitos com natureza transindividual, como o direito ao meio ambiente sadio (art. 225), à manutenção do patrimônio cultural (art. 216), à preservação da probidade administrativa (...).

No sistema consagrado do Código de Processo Civil, era admitida a defesa conjunta de direitos individuais afins ou comuns de vários titulares, mas desde que ocorresse por regime de litisconsórcio ativo facultativo (CPC, Art.46), ou seja, com a presença dos próprios litisconsortes no pólo ativo da relação processual. A Constituição de 1988 expandiu notavelmente uma forma alternativa de tutela coletiva de direitos, e o fez adotando técnica de substituição processual. Com esse desiderato, outorgou legitimação a certas instituições e entidades para, em nome próprio, defender em Juízo direitos subjetivos de outrem. Foi o que ocorreu com as entidades associativas (art. 5º, XXI) e sindicais (art.8º, III), a quem foi conferida legitimação para defender em Juízo os direitos de seus associados e filiados. (ZAVASCKI, 2006, p.38)

Diante de todo o exposto, pode-se dizer que houve verdadeira revolução, desde o advento do CPC/73, passando pelo Novo CPC, no que tange à tutela de direitos coletivos lato sensu, de forma que, nas palavras do mestre José Carlos Barbosa Moreira, "o brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais." (BARBOSA MOREIRA, 2004.)

No que tange ao atual estágio de evolução do direito brasileiro, é pacífico atualmente a existência de um microssistema de tutela coletiva, nas palavras dos professores Hermes Zaneti Jr. e Leonardo de Medeiros Garcia:

"Os sistemas processuais do CDC e da LACP foram interligados, estabelecendo-se, assim, um *microssistema processual coletivo*, sendo aplicáveis, reciprocamente, a um e a outro, conforme arts. 90 do CDC e 21 da LACP (...). Mas não somente, também todas as demais leis que tratam dos direitos coletivos materiais e estabelecem regras processuais

passam a integrar esse microssistema, porque estas normas, unidas pelo princípio da lógica jurídica comum, não individualista, se interpenetram e subsidiam.” (ZANETI JR.; GARCIA, 2017, p. 19).

Entendimento que também ganhou a adesão do Superior Tribunal de Justiça:

“A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, de ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.”(STJ, REsp 510.150/MA, Rel. Min. Luis Fux, DJ 29.03.2004)

Dessa maneira, atualmente encontra-se em um terceiro estágio da tutela de direitos coletivos, a fase da “tutela ampla e irrestrita de direitos” (ZANETI JR.; GARCIA, 2017), com subsídio na Constituição Federal, que garante um direito fundamental à tutela coletiva.

2.2 A Coisa Julgada nas Ações Coletivas

Passa-se no presente ato, à análise desta nos processos de natureza coletiva.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu Art. 103, traz o regime da coisa julgada nas Ações de Natureza Coletiva:

“Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação,

com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o [art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985](#), não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória. (BRASIL, 2013, Lei 8.078/90)

Nesse sentido, na coisa julgada *erga omnes*, a qualidade de imutabilidade da decisão meritória abrange toda a coletividade. Já a coisa julgada *ultra partes* vincula apenas o grupo ou categoria.

Prosseguindo, impende ressaltar que a coisa julgada, em qualquer caso, manifesta-se como exemplo de coisa julgada *secundum eventum probationis*, à exceção do caso da improcedência na tutela de direitos individuais homogêneos, ainda que por falta de provas, consoante interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça ao Art. 103, III, § 2º (STJ, REsp 1.302.596-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 9/12/2015).

À exceção do caso dos direitos individuais homogêneos, percebe-se uma relativização da autoridade da *res iudicata*, que não alcançará o seu núcleo material quando o julgamento pela improcedência decorrer da insuficiência de provas.

Pode-se entrever, também, a existência do efeito *in utilibus*, podendo os integrantes da coletividade beneficiar-se de tal sentença em um litígio individual: “a coisa julgada nas demandas essencialmente coletivas (difusas e coletivas) pode ser aproveitada para as lides individuais derivadas da mesma causa de pedir (art. 103, § 3º do CDC)” (RODRIGUES, in DIDIER, 2013.)

Por todas estas considerações, diante das especificidades da tutela coletiva de direitos, é possível concluir a existência de larga vantagem para a tutela em massa de direitos violados, passando pela amplificação da eficácia da sentença, pelo regime especial da coisa julgada voltado a beneficiar os substituídos, pela legitimação necessariamente adequada dos substitutos, com maior disposição recursos para produção probatória a ser dispendida no andamento do feito, além da óbvia vantagem ao judiciário e ao demandado, ante a redução do número de processos a serem julgados.

3. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

3.1. Os Direitos Sociais na Constituição Federal

Primeiramente, importante fazer um apanhado histórico acerca dos direitos sociais e sua evolução no meio jurídico internacional.

Segundo Marcelo Novelino, "a declaração de direitos sociais nas diversas Constituições teve como marco inicial a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, tendo se fortalecido ao longo do século XX" . (NOVELINO, 2013.)

Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva aponta a Constituição Mexicana como o marco inicial para a positivação dos direitos sociais, fazendo um panorama com a Constituição Brasileira:

"A ordem social, como a ordem econômica, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição Mexicana de 1917. No Brasil, a primeira constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores.

Os direitos sociais, nessas constituições, saíram do capítulo da ordem social, que sempre esteve misturada com a ordem econômica. A Constituição traz um capítulo próprio dos direitos sociais (capítulo II do título III) e, bem distante deste, um título especial sobre a ordem social (título VIII)." (DA SILVA, 2009, p. 285)

Assim, percebe-se que os direitos sociais ganharam relevo especial na nova constituição, que optou por alocá-los em capítulo

específico, separados do título da ordem social, dando destaque a estes frente à ordem econômica.

Todavia, DA SILVA (2009) adverte que não houve uma separação total, como se direitos sociais fossem algo completamente em separado da ordem social. Na verdade, o Art. 6º da Lei Maior demonstra que aqueles, os direitos sociais, são algo ínsito na ordem social, verdadeiro conteúdo desta, quando dispõe: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (BRASIL, Constituição Federal).

Feito o apanhado histórico, passa-se ao conceito dos direitos sociais dentro do contexto trazido pela Constituição Federal de 1988.

Segundo Gilmar MENDES e Paulo Gonet BRANCO(2015, p. 631), há várias formas de classificar os direitos fundamentais. Os direitos à organização (que são "aqueles que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação") e ao procedimento normalmente são classificados como espécies de um *direito à prestação em sentido amplo*. Já os direitos sociais seriam chamados de *direitos de prestação em sentido estrito*, uma outra espécie de *direitos de prestação em sentido amplo*.

Continuam MENDES e BRANCO (2015) arrematando que em ambos os casos, os pressupostos fático-materiais são particularmente relevantes, sendo esta a razão pela qual os direitos de prestação em sentido amplo, categoria que engloba os direitos à prestação em sentido estrito e os direitos à organização e ao procedimento, podem consistir na edição de atos normativos pelo Estado, na criação de procedimentos e garantias judiciais e ainda com instituição de auxílios pecuniários e realização de políticas públicas.

Para melhor entender a inserção dos direitos sociais no âmbito dos direitos fundamentais, é necessário ter em mente que estes, os direitos

fundamentais em sentido amplo, possuem diferentes funções no ordenamento.

Primeiramente, podem ser direitos de defesa no âmbito que se destinam a proteger posições subjetivas em face do Poder Público. Nesse sentido, Gilmar Mendes, em lição memorável, traz as diferentes posições oriundas dessa face dos direitos fundamentais:

“Na condição de direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, do Legislativo ou, mesmo, do Judiciário. Se o Estado viola esse princípio, dispõe o indivíduo da correspondente pretensão, que pode consistir, fundamentalmente, em uma:

1) pretensão de abstenção (Unterlassungsanspruch);

2) pretensão de revogação (Aufhebungsanspruch), ou, ainda, em uma

3) pretensão de anulação (Beseitigungsanspruch).
(...)

4) pretensão de consideração (Berücksichtigungsanspruch), que impõe ao Estado o dever de levar em conta a situação do eventual afetado, fazendo as devidas ponderações; e

5) pretensão de defesa ou de proteção (Schutzanspruch), que impõe ao Estado, nos casos extremos, o dever de agir contra terceiros.

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do

indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Essa definição de direitos fundamentais — apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras — ainda continua ocupando lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais. Essa ideia, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que lhe permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal” (MENDES; BRANCO, 2015, p.636)

Por outro lado, os direitos fundamentais podem servir, outrossim, de proteção a institutos jurídicos de elevada hierarquia, ante a necessidade de se abalizar os instrumentos de garantia de efetivação de direitos fundamentais:

“Muitas vezes, a Constituição pode conferir garantia a determinados institutos, ou seja, a um complexo coordenado de normas, como a propriedade, a herança, o casamento.

Assim, a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) depende, pelo menos parcialmente, da existência de normas disciplinadoras do direito de sociedade (constituição e organização de pessoa jurídica etc.). Também a liberdade de exercício profissional exige a possibilidade de estabelecimento de vínculo contratual e pressupõe, pois, uma disciplina da matéria no ordenamento jurídico. O direito de propriedade, como observado, não é nem sequer imaginável sem disciplina normativa

Da mesma forma, o direito de proteção judiciária, previsto no art. 5º, XXXV, o direito de defesa (art. 5º, LV) e o direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII), as garantias constitucionais do habeas corpus, do mandado de segurança, do mandado de injunção e do habeas data são típicas garantias de caráter institucional, dotadas de âmbito de proteção marcadamente normativo.

Também fora do rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II) podem ser localizadas garantias institucionais, tais como a garantia de um sistema de seguridade social (art. 194), da família (art. 226), bem como da autonomia das universidades (art. 207), apenas para mencionar os exemplos mais típicos.

Ressalte-se que alguns desses institutos podem até mesmo ser considerados garantias institucionais fundamentais, em face da abertura material propiciada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição.

Nesses casos, a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico dever constitucional de legislar (Verfassungsauftrag), que obriga o legislador a expedir atos normativos “conformadores” e concretizadores de alguns direitos” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 636-637)

Por fim, os direitos fundamentais são elementos que traduzem garantias positivas do exercício da liberdade.

Nesse sentir, revela-se o dever estatal de agir como garantidor de direitos previstos na Constituição, que por sua natureza demandam uma atuação positiva Estatal para sua consecução. Novamente, Gilmar Mendes sintetiza com perfeição:

“Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado) mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. Assim, enquanto direitos de defesa (*status libertatis* e *status negativus*) dirigem-se, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, ressaltados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.

A concretização dos direitos de garantias às liberdades exige, não raras vezes, a edição de atos legislativos, de modo que eventual inércia. (...)

A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado.

Se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, admitem

discussão sobre a existência de direitos fundamentais de caráter social (soziale Grundrechte), é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 637-638)

Conforme se infere das considerações expostas pelo prestigiado autor, os direitos sociais, que configuram *direitos de prestação em sentido estrito*, são apenas mais uma forma de manifestação dos denominados direitos fundamentais, assim classificados e qualificados por estarem em um capítulo apartado e exigirem, por natureza, uma ação positiva do Estado.

Não obstante os ensinamentos trazidos, ressalta-se haver certa controvérsia acerca da classificação dos direitos sociais como fundamentais.

Exemplo de tal posição que nega o status de direitos fundamentais aos direitos sociais é a de Ricardo Lobo Torres:

“(...) os direitos econômicos (arts. 174 a 179 da CF de 1988) e sociais (arts. 6º e 7º), que se distinguem dos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do status negativos, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia *erga omnes* e se subordinam à idéia de justiça social. Esses direitos às vezes aparecem, principalmente na doutrina alemã, sob a denominação de direitos fundamentais sociais, em virtude de sua constitucionalização; mas, segundo a maior parte dos autores germânicos que a adotam, subordinam-se à justiça social, pelo que não se confundem com os direitos da liberdade nem com o mínimo existencial. A Constituição de 1988 abre, no

Título 11, dedicado aos Direitos e garantias fundamentais, o Capítulo 11, que disciplina os Direitos Sociais (arts. 6º a 11), separando-os, entretanto, dos Direitos individuais e coletivos, de que trata o Capítulo I (art. 5º). A Suprema Corte dos Estados Unidos tem recusado natureza constitucional aos direitos econômicos e sociais que transcendem o mínimo tocado pelos interesses fundamentais, como sejam os direitos à educação ou à moradia, fazendo-se forte no argumento de que "pobreza e imoralidade não são sinônimos". Vê-se, pois, que, se a emergência dos direitos sociais modificou a equação liberdade/igualdade e deu novo colorido à temática da justiça social, nem por isso transferiu a lógica e as garantias dos direitos da liberdade para os sociais, nem metamorfoseou os direitos sociais em autênticos direitos fundamentais." (TORRES, 1989, p. 34)

Ingo Sarlet e Mariana Filchiner Figueiredo (2010) reconhecem a controvérsia, na medida em que alguns afirmariam que não se trataria de direitos fundamentais autênticos, mas submetidos a regime similar. Nesse sentido, os direitos sociais abrangem direitos a prestações positivas e direitos de defesa, partindo-se do critério da natureza da posição jurídico subjetiva reconhecida ao titular do direito, fundamentando então posições subjetivas negativas, notadamente contra ingerências indevidas por parte de órgãos estatais, de entidades sociais e também particulares. Se os direitos sociais na sua dimensão de prestações também implicam em direitos subjetivos negativos, impedindo violações de seu núcleo essencial, deve-se concluir que a Constituição Federal de 1988 incluiu em seu rol de direitos sociais elementos típicos de caráter negativa, a exemplo do direito de greve, liberdade de associação sindical e proibição de discriminação entre trabalhadores.

Por conseguinte, arrematam SARLET e FIGUEIREDO (2010), as referidas considerações revelam o aspecto de complexidade dos direitos sociais e impõem a conclusão de que referidos direitos obedecem ao

critério da dupla fundamentalidade formal e material, designando-se a situação de que se cuida de bens jurídicos dotados de suficiente relevância e essencialidade (fundamentalidade material), a ponto de merecerem e necessitarem de uma proteção jurídica e normatividade reforçada em relação às demais normas constitucionais, razão pela qual todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados.

Essa é a posição a ser prestigiada, por não ignorar o caráter negativo dos denominados direitos prestacionais, o que se revela mais condizente com o próprio espírito da Constituição Federal de 1988.

3.2. O Mínimo Existencial e sua relação com os Direitos Fundamentais a uma Prestação

A noção do denominado mínimo existencial tem embrionária relação com os direitos fundamentais prestacionais, ou direitos sociais.

SARLET e FIGUEIREDO (2010) traçam a possível origem dessa noção de um direito fundamental, e assim de uma garantia fundamental, às condições materiais que asseguram uma vida com dignidade à Alemanha, onde obteve um relativamente precoce reconhecimento jurisprudencial.

Nessa ordem de idéias, a despeito de não existirem, de modo geral, direitos sociais típicos expressamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha, com exceção da previsão de proteção à maternidade e dos filhos e de uma determinação de atuação positiva do Estado para compensação de desigualdades fáticas, a discussão em torno da garantia do mínimo indispensável ocupou posição de destaque após a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949, onde foi desenvolvida pela doutrina, bem como no âmbito legislativo, administrativo e pelos tribunais na formação jurisprudencial.

Na Doutrina do Pós-Guerra, continuam SARLET e FIGUEIREDO (2010), o pioneiro a sustentar a possibilidade de se reconhecer um direito à garantia positiva de recursos mínimos para uma existência digna foi Otto Bachof. O referido jurista propôs o Princípio da Dignidade da Pessoa

Humana não exigiria apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Um ano depois da formulação da teoria, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha reconheceu o direito subjetivo do indivíduo carente de auxílio material por parte do Estado, por força do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que o indivíduo, na qualidade de titular de direitos e obrigações, deve ter garantido a manutenção das condições de uma existência digna.

Após duas décadas da referida decisão, continuam os autores supracitados, também o Tribunal Constitucional Federal consagrou o que já havia sido objeto de decisão no Tribunal Administrativo: o reconhecimento da existência de condições mínimas para uma vida digna, plena. Reconheceu-se que a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social, sobretudo em relação a cidadãos com precárias condições físicas e mentais, o que ocasionaria a limitação de suas atividades sociais, retirando-lhe as condições mínimas de assegurar sua própria subsistência.

É fato que não há um consenso sobre o que abrange o conteúdo do denominado mínimo existencial.

Nesse sentido, TORRES (1989) sustenta que o mínimo existencial não é dotado de um só definível previamente conteúdo específico. Abrange qualquer direito, mesmo que não seja considerado um direito fundamental original, como é o caso dos direitos à saúde, à alimentação etc., considerados em sua dimensão essencial e inalienável.

Ainda, tais direitos, segundo o referido autor, não são mensuráveis, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil separá-los, em sua região periférica, do denominado máximo de utilidade (maximum welfare, Nutzenmaximierung), que é princípio ligado à idéia de justiça e de redistribuição da riqueza social.

Conforme explicitado anteriormente, para TORRES (1989), os direitos sociais não possuem a mesma qualificação jurídica que os direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, por serem despidos de feição negativa, portanto sendo eminentemente prestacionais.

Não obstante, continua o referido doutrinador, o mínimo existencial pode surgir também da inserção de interesses fundamentais nos direitos políticos, econômicos e sociais. Os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originalmente fundamentais, adquirem o status daqueles no que conceme à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive.

Isso porque TORRES (1989), classifica o próprio mínimo existencial como um direito protegido negativamente contra a ação interventiva do Estado e, simultaneamente, garantido positivamente por um *facere* estatal. Assim, o mínimo existencial seria dotado de dupla proteção constitucional, uma positiva e uma negativa, que mutuamente se influenciam e geralmente se convertem uma na outra (fungibilidade de proteção).

Nessa ordem de idéias, os direitos prestacionais, a despeito de não serem originariamente fundamentais, adquiririam configuração semelhante, de forma a serem dotados da mesma proteção jurídica, quando se está diante da uma noção do mínimo existencial, que diz respeito às condições mínimas a serem observadas para que o indivíduo goze de uma vida digna e plena.

Por outro lado, o próprio jurista reconhece a fluidez de tal posição:

“De notar que é extremamente difícil definir o exato contorno desses direitos sociais tocados pelos interesses fundamentais, o que os faz dependentes da construção pretoriana. Nos Estados Unidos a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de diversas leis prejudiciais aos pobres, especialmente pelas descabidas imposições fiscais, que, por ferirem direitos fundamentais, foram consideradas

classificações suspeitas (suspect classifications), deflagrando o controle judicial rígido (strict scrutiny); assim ocorreu, por exemplo, com a cobrança de taxas limitadoras do direito de voto ou denegatórias do acesso gratuito a benefícios previdenciários e a serviços médicos por parte de não residentes, bem assim, como veremos adiante, com a exigência de taxa judiciária excessiva; mas a doutrina americana vem salientando que a jurisprudência é contraditória, nebulosa e cambiante, tendo havido sensível endurecimento nos últimos anos, principalmente a partir dos julgados da Corte de Burger, muito mais conservadora que a Corte de Warren, que dilargara a compreensão da cláusula da equal protection. (TORRES, 1989, p. 33)

Diante da incerteza que abrange o conceito do mínimo existencial, há que se buscar auxílio em fontes de direito internacional, sobretudo do direito alemão, berço de diversos conceitos e institutos utilizados na experiência jurídica brasileira, em especial o objeto em estudo.

Nessa seara, cumpre ressaltar, como o fazem SARLET e FIGUEIREDO (2010), que no contexto do debate jurídico-constitucional alemão, a doutrina evoluiu para realizar uma diferenciação no que concerne ao alcance do conceito de mínimo existencial. Houve uma distinção entre o que se chamou de mínimo fisiológico, que constitui o sentido de proteção contra as necessidades de caráter existencial básico, compreendendo as condições mínimas de uma vida digna, bem como um designado mínimo existencial sociocultural, que busca assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção, em termos de igualdade material, na vida e no contexto social.

Enquanto a primeira categoria, o mínimo existencial fisiológico, se funda nos direitos à vida e na dignidade da pessoa humana, abrangendo prestações básicas relativas aos direitos à alimentação, saúde e os instrumentos próprios para sua satisfação; o sustentáculo da segunda categoria, o designado mínimo existencial sociocultural, seria a cláusula de um Estado Social e na própria isonomia em acepção material.

Da experiência constitucional alemã e da diferenciação que se efetiva em relação ao alcance dos referidos direitos, pode-se efetuar algumas conclusões a respeito do alcance do direito a um mínimo existencial.

Conforme salientam SARLET e FIGUEIREDO (2010), no que diz respeito ao próprio conteúdo do mínimo existencial, este não pode ser confundido com o que tem-se chamado de mínimo vital ou mínimo de sobrevivência. A garantia a uma vida digna exige que, além de se garantir as condições de uma sobrevivência física, que seria uma espécie de primeiro passo em relação ao dever geral de garantir uma vida plena. Por conseguinte, o conteúdo do mínimo existencial no que tange ao direito à vida, compreendido como um direito e uma garantia fundamental, deve ser visto como mais que a simples concepção fisiológica traçada no direito alemão, em que apenas as condições materiais mínimas que protegem a própria sobrevivência estariam abarcadas pelo seu conceito. A dignidade também implica numa dimensão sociocultural, que também constitui elemento nuclear que deverá ser promovida, razão pela qual determinados direitos denominados culturais, notadamente o direito à educação, em especial o ensino fundamental, haverá sempre de estar incluída no conceito do mínimo existencial.

No mesmo sentido Ana Paula Barcelos (2002, *apud* NOVELINO, 2013) sustenta que o mínimo existencial consiste em um grupo menor e mais preciso de direitos sociais, formados pelos bens e utilidades básicas e imprescindíveis para a vida humana. Nesse sentir, poder-se-ia afirmar que o mínimo existencial abrangeria o conteúdo dos direitos à saúde, educação, assistência aos desamparados e acesso à justiça, além de balizar a formulação de políticas públicas e elaboração do orçamento público.

Não obstante, não parece se limitar o mínimo existencial aos referidos direitos listados pela autora, por mais respeitável que seja sua posição.

Outro exemplo de garantia prevista na Constituição é trazida por TORRES (1989), que ao abordar os status positivo e negativo do conteúdo do mínimo existencial, conforme referenciado acima, dispõe que a idéia de

Imunidade Fiscal, ou seja, a retirada constitucional de competência tributária de um ente federativo, é uma reflexão do caráter negativo do mínimo existencial: o Estado não pode invadir a esfera mínima de liberdade do cidadão em virtude do direito à subsistência.

Por outro lado, arremata o supracitado jurista, o mínimo existencial, exhibe, além do status negativo, o status positivo, pois dependem das prestações positivas e igualitárias do Estado. Enquanto condição de liberdade, o mínimo existencial postula prestações positivas de natureza assistencial, ou seja, pretensões à assistência social.

Em suma, a proteção do mínimo existencial se efetiva de mais de uma forma.

Nessa dimensão positiva, a princípio pode-se falar na realização do mínimo existencial pela prestação de serviço público específico e divisível, que serão gratuitas em virtude da imunidade das taxas e demais tributos contraprestacionais, conforme se infere na educação primária, saúde pública etc. Nesse sentir, o Art. 206, IV da CF dispõe que um dos princípios que balizam a educação é a "gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais", bem assim como o Art. 196 dispõe que a saúde é "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

De outro lado, conforme se viu, pode ser realizada através de subvenções a auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas e privadas, que muitas vezes se compensam com as imunidades. Nesse sentido, pode-se extrair a imunidade tributária assistencial evidenciada no Art. 150 da Constituição:

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

VI - instituir impostos sobre:

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;" (BRASIL. Constituição Federal, 1988)

Diante de tais considerações, pode-se afirmar, ainda, que o mínimo existencial se efetiva tanto no âmbito legislativo (como é o caso das imunidades previstas na própria constituição), quanto no âmbito administrativo (concessão de benefícios assistenciais aos necessitados, por exemplo), e, evidentemente, no âmbito jurisprudencial, em casos de omissões inconstitucionais.

De tal conclusão não se dispersa Lenza:

"Assim, ao administrador, dentro da idéia de reserva do possível, deve implementar as políticas públicas. O legislador, ao regulamentar os direitos, deve respeitar seu núcleo essencial, dando as condições para implementação dos direitos constitucionalmente assegurados. E o Judiciário deve corrigir eventual distorção para se assegurar a preservação do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial."

Propõe-se, então, como conceituação da idéia de um mínimo existencial, diante de todas as considerações tecidas e teses esposadas, o conjunto de prestações materiais a serem envidadas, seja no âmbito legislativo, administrativo ou jurisprudencial, para a garantia de uma vida digna e saudável, constituindo núcleo essencial dos direitos fundamentais a uma prestação.

Em prosseguimento, há de se fazer uma distinção, com relação à competência legislativa, quanto à efetivação dos direitos sociais e a efetivação do denominado mínimo existencial, que ao fim e ao cabo constitui o núcleo essencial de tais direitos.

Enquanto os direitos sociais dependem para a efetivação de previsão legislativa, direta ou autorizativa, que permita a alocação de recursos e a execução de mandamentos legislativos, a consecução do mínimo existencial, porquanto garantia de direitos eminentemente previstos na carta de 1988, prescinde de previsões legislativas de quaisquer espécies.

Para a consecução do mínimo existencial a uma vida digna oriunda dos direitos a uma prestação positiva do Estado é bastante a previsão geral na carta magna, porquanto tais direitos são eminentemente fundamentais, dotados de eficácia direta e imediata, vinculando o próprio Estado (eficácia vertical) e eventuais particulares (eficácia horizontal).

Vale transcrever a monumental lição de Ricardo Lobo Torres:

“Muito para notar que os direitos fundamentais prescindem de lei ordinária que os garanta. O status negativo decorre das próprias normas constitucionais. O status positivo, no que concerne às prestações jurisdicionais e de segurança do mínimo existencial, bem como às prestações positivas de bens e serviços não fica à mercê de regulamentação do sistema legislativo infraconstitucional, pois se vincula à própria organização estatal, sendo as despesas respectivas cobertas com a arrecadação dos impostos, tributos de natureza não-contraprestacional. A lei ordinária pode explicitar ou aprofundar o discurso sobre os direitos fundamentais, pela proximidade entre liberdade e normatividade, mas não os cria.

Aqui encontramos uma das diferenças mais importantes entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais. Enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador.. As normas constitucionais sobre os direitos econômicos e sociais são meramente programáticas,

restringem-se a fornecer as diretivas ou a orientação para o legislador e não têm eficácia vinculante. As prestações positivas para a proteção desses direitos implicam sempre despesa para o ente público, insuscetível de ser imputada à arrecadação dos impostos ou, sem lei específica, aos ingressos não-contraprestacionais. Por isso mesmo carecem de status constitucional, eis que a Constituição não se envolve com autorizações de gastos públicos, não se imiscui com problemas econômicos conjunturais nem procede à discriminação das despesas e dos serviços entre a União, os estados e os municípios, assuntos reservados com exclusividade à lei ordinária de cada qual das três esferas de governo. Os direitos econômicos e sociais existem, como já vimos, sob a 'reserva do possível' ou da 'soberania orçamentária do legislador (...) (TORRES, 1989, p. 44)

Na seara administrativa, TORRES (1989) salienta que o mínimo existencial, como liberdade normativa pode ter suas garantias aperfeiçoadas pelo poder regulamentar do Executivo. O status positivo da noção do mínimo existencial carece de inúmeras normas regulamentares. Tais normas prescindem de lei formal anterior, de maneira que pode o administrador, sem prejuízo da unidade normativa, baixar regulamentos para a garantia de direitos fundamentais previamente declarados na Constituição Federal.

Ademais, a garantia de um mínimo vital pleno se efetiva por intermédio do processo administrativo e da eficiência dos órgãos da administração. A ampliação dos direitos que decorrem do mínimo existencial configura influência decisiva para assegurar-lhes seu status positivo. Nessa ordem de idéias, processo administrativo rápido e justo, boas escolas, bons hospitais, eficiente administração financeira, estatísticas adequadas sobre os mais diversos campos, políticas públicas destinadas à erradicação da miséria, tudo contribui para assegurar o mínimo existencial.

Lado outro, a dimensão de proteção do mínimo existencial que certamente causa maiores atritos no âmbito dos direitos fundamentais a uma prestação é a sua proteção por intermédio do direito de ação, na via jurisdicional.

As controvérsias surgem em virtude de postulados de elevada estima no ordenamento constitucional normalmente entrarem em aparente antinomia com a necessidade de garantia de um mínimo de proteção aos referidos direitos fundamentais.

Com efeito, a doutrina se debruça sobre o tema incessantemente desde que a noção do mínimo existencial foi elaborada.

Nesse sentido SARLET e FIGUEIREDO (2010), salientam que não se pode olvidar que uma das principais objeções lançadas em matéria de concretização dos direitos sociais diz respeito à sua dimensão economicamente relevante. Destarte, acaba-se por argumentar que as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais depende sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tem o dever de assegurá-las. Diante dessa objeção, sustenta-se que os direitos prestacionais e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela designada reserva do possível, além da separação de poderes.

Na mesma linha, TORRES (1989), salienta que o mínimo existencial, tanto pelo aspecto negativo, quanto pelo positivo, carece para a sua concretização, do processo democrático, o devido processo legal (*due process of law*), da separação e interdependência entre os poderes e do federalismo.

A questão da judicialização do mínimo existencial será mais explorada adiante, após o estudo da reserva do possível. Esse é justamente o ponto que se passa a abordar.

3.3. A Reserva do Possível como Condição à Efetivação de Direitos a Uma Prestação

Tal qual a concepção do mínimo existencial, a construção doutrinária inicial do tema da assim denominada “Reserva do Possível” tem origem na Alemanha.

De acordo com NOVELINO (2013), a expressão difundiu-se a partir de uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1972, em um caso no qual se discutia o direito de acesso ao ensino superior, no qual o número de vagas era significativamente menor que o número de candidatos.

Apesar do direito fundamental à educação não estar consagrado de maneira expressa na Constituição Alemã, entendeu-se que a liberdade de escolha profissional, este sim um direito consagrado, exigia o direito a um ensino universitário. No entanto, na decisão ficou estabelecido que a prestação reclamada não poderia ultrapassar o conceito daquilo que razoavelmente o indivíduo pode exigir da sociedade. A densificação desse conceito caberia ao legislador, que avaliaria, *a priori*, quais os interesses juridicamente relevantes deveriam ser prioritariamente atendidos pelo orçamento.

Dessa forma, não se poderia obrigar o Estado a prestar aquilo que se encontra fora dos limites do razoável, cujo conteúdo seria objeto de discriminação pelo legislador, representante eleito do corpo social.

De acordo com SARLET e FIGUEIREDO (2003), o conceito da famigerada “reserva do possível” abrange, ao menos, uma tríplice dimensão conceitual, que pode ser dividida em: a) efetiva disponibilidade de fato dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, o que guarda intrínseca conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, o que reclama um real equacionamento na divisão de responsabilidades, haja vista que no caso do Brasil foi adotado o modelo federativo de forma expressa na Constituição de 1988; c) na perspectiva do também eventual titular de um direito a uma prestação

positiva de cunho social, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, tanto no que tange à sua exigibilidade quanto no que toca também a razoabilidade.

Adotando também a noção de uma tríplice intelecção da reserva do possível, NOVELINO (2013), expõe que o certamente a disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais é certamente a mais delicada e controvertida. Isso porque é inexorável que a escassez de recursos materiais disponíveis para as infindáveis demandas sociais condicionam, até certo ponto, a realização das prestações impostas pelos direitos sociais ao volume de recursos disponíveis pelo Estado.

Nesse sentir, aponta ainda que a onerosidade da implementação de tais direitos acaba por condicionar seu processo de realização à disponibilidade financeira e orçamentária do Estado, já que alguns consistem em prestações pecuniárias diretas (é o caso dos benefícios assistenciais), enquanto outros, a despeito de representarem uma obrigação de fazer que não seja a entrega de pecúnia de forma direta, acarretam despesas de diversas ordens, como é o caso do direito à educação e do direito à saúde.

Já no que tange à disponibilidade jurídica, prossegue NOVELINO (2013), que está relacionada, como se viu, à autorização orçamentária para cobrir as despesas exigidas judicialmente pelo Estado, de acordo com o Princípio da Legalidade da Despesa Pública, a formulação e implementação de políticas públicas são sempre, em primeiro lugar, atribuição do Legislativo e Executivo, porquanto membros eleitos de forma democrática pela coletividade para tal fim. Diante de demanda igualmente legítimas, cabe ao administrador optar pela que considera mais importante no momento. São as chamadas "escolhas trágicas", incumbidas aos administradores públicos em virtude da outorga de poderes a eles concedidas.

Porém, apesar de dependerem da opção política daqueles investidos nos mandatos eletivos, através do voto popular, a liberdade de escolha que cabem ao legislativo e ao executivo na previsão, promoção e execução de políticas públicas não é absoluta. Se esses poderes forem

exercidos fora de uma lógica de propósito, de maneira irrazoável ou de modo fraudulento, com a manifesta intenção de neutralizar a eficácia, horizontal ou vertical, dos direitos fundamentais a uma prestação estatal, torna-se necessária a intervenção judicial para viabilizar a todos o acesso a bens cuja fruição fora indevidamente negada pelo Estado.

Nessa seara, já com relação ao Princípio da Proporcionalidade e ao Princípio da Razoabilidade, o Ministro Celso de Mello (STF - ADPF 45/DF), citado por NOVELINO (2013), salienta que a razoabilidade da pretensão a um direito social/individual deduzida em face do Poder Público depende da disponibilidade financeira do Estado, mas estas, ao dificultar ou impedir a implementação de tais direitos, somente poderão ser invocadas com a finalidade de exonerar o ente público de suas obrigações constitucionais no caso de "ocorrência de justo motivo objetivamente aferível".

Diante de tal conclusão, arremata o eminente ministro, não será lícito ao Estado, através de manipulação indevida da atividade financeira ou de sua política administrativa, criar obstáculos artificiais que revelem um arbitrário e censurável propósito de fraudar e frustrar o estabelecimento e a criação de condições mínimas hábeis a garantir o mínimo razoável para a consecução da dignidade da pessoa humana.

Quanto à natureza da reserva do possível, há autores que definem a reserva do possível, tal qual o fazem com relação ao mínimo existencial, como núcleo essencial (ou núcleo duro) dos direitos a uma prestação.

SARLET e FIGUEIREDO (2003) refutam essa idéia, por entenderem que a reserva do possível constitui, em verdade, considerada toda a complexidade da tríplice dimensão supracitada, uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas poderia, em algumas outras hipóteses, atuar como efetiva garantia dos direitos fundamentais, como é o caso de quando há conflitos entre eles, quando se invocar, observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, da indisponibilidade de recursos com o intuito de resguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Com relação à reserva do possível, costuma-se apontá-la quase como exclusivamente voltada à efetivação dos direitos a uma prestação, normalmente os direitos sociais. Nesse raciocínio, os direitos individuais denominados “de defesa”, enquanto direitos subjetivos que não possuiriam dimensão econômica, por exigirem tão somente um não fazer, uma abstenção estatal, estariam livres das amarras da reserva do possível.

Essa visão necessita de esclarecimentos e não se vê livre de críticas.

SARLET e FIGUEIREDO (2003) esclarecem que os denominados direitos de defesa não possuem exatamente o que denominam de “irrelevância econômica”.

Todos os direitos exigíveis em face do poder público, dentre eles os direitos individuais de defesa são, em certa medida, sempre positivos, pois exigem, para que sejam efetivados, um conjunto de medidas positivas por parte do Poder Público, porquanto sempre abrangem alocação significativa de recursos. Há um custo para a implementação de direitos de toda sorte, que não se restringem aos direitos sociais de cunho prestacional.

Ademais, acrescentam os referidos autores, deve ser rebatida a visão segundo a qual todos os direitos dessa natureza apresentam dimensão econômica específica. Alguns direitos tidos como sociais apresentam prerrogativas de exigência de prestações estatais economicamente neutras, não dependendo de que não necessitariam de alocação de recursos estatais para sua implementação, ao menos de forma direta. É o caso das prestações materiais condicionadas ao pagamento de tarifas ou taxas, além de outras que restringem o acesso a recurso. Nesses casos, ressalte-se, há uma repercussão indireta, vez que o que já se encontra disponível resultou da alocação e aplicação de recursos materiais, humanos ou financeiros oriundos, geralmente, da receita tributária e demais formas de arrecadação estatal.

Outro problema que se infere da consecução de direitos sociais que exigem uma prestação positiva do Estado é, conforme apontam SARLET e FIGUEIREDO (2003), a questão da disponibilidade do

objeto. Versa a problemática em saber se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada, de prestar o que a norma lhe impõe, de se encontrar na dependência real de meios para cumprir sua obrigação. Como o Estado dispõe de recursos escassos, para muitos esta se impõe como uma barreira à fomentação de direitos pelo ente público.

Diante de tais considerações, revela-se elementar que a reserva do possível é um elemento a ser necessariamente considerado no plano da jurisdição ponderativa entre os princípios constitucionalmente assegurados. A forma com que se relacionam estes dois fatores no âmbito judicial serão mais profundamente explorados no capítulo seguinte, após noções introdutórias sobre ativismo judicial e separação de poderes.

4. POSSIBILIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL EM CONFLITOS MULTITUDINÁRIOS DIANTE DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

4.1. Ativismo Judicial e Separação de Poderes

A separação dos Poderes nasce como consequência do primado da lei. Segundo as modernas teorias, todo o poder emana do povo, que através do poder constituinte, cria o direito, que reparte o poder em competências, para que seja exercido por diferentes agentes.

Consoante lição de José Afonso DA SILVA (2009), o Poder é um fenômeno sócio cultural, um fato da vida social. Pertencer a um grupo social quer faz reconhecer que ele *pode* exigir certos atos, *pode* impor certas condutas, *pode* fixar limites aos desejos e prescrever formas a determinadas atividades. Tal poder é inerente ao grupo, que pode definir como “uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”. O Estado é o grupo social máximo e total, que tem também seu poder, denominado de poder político ou poder estatal. Enquanto a sociedade é composta por grupos civis diferenciados, cabe ao poder político impor-lhes limites e regras em função dos fins da própria existência do Estado. Por conseguinte, se conclui que o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais são regidos e

cdominados por aquele. Essa superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado, que implica em independência em confronto com outros atores externos, e supremacia em relação aos grupos internos. É portanto um poder único indivisível e indelegável.

Por tal razão, o nome “Separação de Poderes” é, a rigor, impróprio, mas se difundiu e consagrou de tal maneira que se opta por utilizá-lo, com a ressalva de que é meramente uma repartição de funções.

Nesse sentido, concorda-se com Elival da Silva Ramos (2015), segundo o qual o Estado Democrático nasce sob o signo da juridicização do Poder. A Teoria do Poder Constituinte importa no reconhecimento de que a origem do ordenamento se dá a partir de um ato de soberania que não pode ser condicionado, ao mesmo tempo em que consubstancia uma proposta de institucionalização do poder, que passa a ser exercido pelos órgãos constitucionalmente elencados e na forma descrita em seu texto. Esse estado democrático, em virtude do sucesso do movimento constitucionalista, se tornou sinônimo de Estado Constitucional que possui, como inquestionável peça-chave, a separação de poderes.

O Foco desse arranjo em que se propõe a separação de poderes entre órgãos independentes entre si é o foco de limitação de poder no Estado. Por essa razão, é contribuição definitiva e inovadora a proposta veiculada no Espírito das Leis, de autoria de Charles-Louis de Secondat, o Barão de La Brède e de Montesquieu.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes leciona:

“A separação de poderes foi concebida pelo constitucionalismo liberal para assegurar a moderação no exercício do poder, evitando o arbítrio dos governantes e protegendo a liberdade dos governados. A ideia essencial é a de que, ao se conferir funções estatais diferentes a órgãos e pessoas diversas, evita-se uma concentração excessiva de poderes nas mãos de qualquer autoridade, afastando-se o risco do despotismo. Embora tenha raízes ainda

mais antigas, a versão mais conhecida deste princípio foi divulgada por Montesquieu, no século XVIII, na sua famosa obra *O Espírito das Leis*.” (MENDES, 2015, p. 127)

Em breve resumo da história do Princípio, o referido autor informa que na Obra *O Espírito da Leis*, Charles de Secondat, fazia defesa enfática da monarquia limitada, com o intuito de defender a Constituição Inglesa, preconizando a existência das três funções estatais (legislativa, executiva e judiciária), atribuindo-a a órgãos distintos, daí advindo um sistema de freios e contrapesos capaz de inibir abusos.

No entanto, RAMOS (2015) adverte que a separação de Poderes não pode ser considerada completa em torno do próprio conceito, porquanto tal conceito não pode ser compreendido sem a indispensável imbricação com um determinado sistema constitucional, de modo a torná-lo único em sua concreta encarnação daquele arquétipo. Por tal sentido, diz, Konrad Hesse insistia que a separação de Poderes deve ser considerada um princípio da Constituição, da qual obtém sua forma histórica e conceitual claros. Não apenas as funções estatais se alteram em razão da concepção de Estado que se busque, mas também o número de órgãos constitucionalmente previstos varia bastante em virtude da amplitude de catálogos a serem por ele desempenhadas.

Nesse sentido, um Estado que busque apenas a garantia dos chamados direitos de primeira geração, os Estados Liberais Clássicos, naturalmente possuem um número menor de órgãos e funções a serem desempenhadas do que os denominados Estados Sociais, que por se prestarem a tentar cumprir um programa de governo que requer mais recursos, possuem uma estrutura maior e, por via de consequência, um maior número de atribuições decorrentes do texto constitucional.

RAMOS (2015) ressalta que nesse segundo caso, o de Estados que promovam, juntamente com a necessária liberdade, a igualdade material através de políticas públicas, o rateio funcional de competências há que assumir contornos profundamente diversos, compatíveis com a necessidade de eficiência na atuação estatal, admitindo-se, sem pudores, o

compartilhamento de atividades e o seu múltiplo exercício por mais de um órgão.

Nesse sentido, continua o referido autor, há uma dupla característica do referido princípio: organicamente referenciado e funcionalmente orientado. Organicamente referenciado porque estrutura o Estado de maneira orgânica, no topo do qual estão os órgãos de soberania. Funcionalmente orientado porque os atos por meio do qual se manifesta a vontade do Estado podem ser vistos sob o prisma formal ou material: enquanto na forma os atos estatais são ordenados considerando-se o órgão do qual emana ou a forma tal qual revestidos, no conteúdo o Princípio se referencia pela contenção do poder estatal.

Assim, na maioria dos Estados Modernos dotados de uma Constituição capaz de organizar o Estado e repartir competências constitucionais, o poder é repartido em três funções básicas.

Os órgãos em que se divide o Estado são denominados, segundo José Afonso da Silva (2009), de Supremos ou Dependentes. Supremos são órgãos de estatura constitucional, ao quais incumbe o exercício do Poder Político, a cujo conjunto se denomina Governo, objetos de estudo do Direito Constitucional, enquanto administrativos são os órgãos de estatura inferior, cujo conjunto se denomina Administração Pública e são estudados no âmbito do Direito Administrativo. O Governo é composto do conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada ou cujo conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício de poder político, que é dividido nas funções estatais: executiva, legislativa e judiciária.

A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis, subdividindo-se em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão; e função administrativa, que tem como tríplice missão a intervenção, o fomento e o serviço público. A função legislativa tem como missão a edição de normas gerais, impessoais e abstratas, com o intuito de inovar na ordem jurídica, denominadas de leis. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito

aos casos concretos para resolver conflitos de interesses e garantir a pacificação social (DA SILVA, 2009).

No entanto, muito se tem acrescentado recentemente a esta concepção tradicional da função jurisdicional.

É que gradativamente se tem afastado da visão de que ao Poder Judiciário caberia apenas a interpretação da lei e aplicação ao caso concreto. Na atividade jurisdicional há, simultaneamente, a criação e a aplicação do direito, na medida em que ao interpretar a regra jurídica posta, criam uma norma aplicada ao caso concreto, e a partir daí aplicam-na, a qual serve também para casos semelhantes.

De tal conclusão não difere de DIDIER (2012), que elenca razões para tal pensamento: os textos normativos não determinam completamente a decisão judicial, cabendo ao juiz interpretar, testar e confirmar ou não sua consistência. Os problemas jurídicos não se resolvem com uma operação dedutiva (geral-particular). Há uma tarefa na produção jurídica, que é a de interpretar, construir e, ainda, distinguir os casos, para que possam formular as suas decisões, confrontando-as com o Direito vigente.

Continua DIDIER (2012) sustentando que a decisão judicial é um ato jurídico que contém uma norma individualizada, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas jurídicas em razão da possibilidade de tornar-se indiscutível. Para a formulação dessa norma não é suficiente simplesmente o raciocínio dedutivo da norma geral ao caso concreto. Em virtude do pós-positivismo, que caracteriza o Estado Constitucional, exige-se do aplicador do direito uma postura mais ativa, encontrando a particularidade do caso e selecionando, através da norma abstrata, uma solução compatível com o conteúdo da Constituição Federal. Essa norma individual forma um precedente que pode se tornar generalizado, a ser aplicado aos casos concretos futuros.

Nesse espaço entre a norma abstrata e o caso concreto é que se encontra o que se denominou por alguns de discricionariedade judicial.

RAMOS (2015) salienta que o juiz, ao compor os litígios, está sujeito a condicionamentos jurídicos muito mais intensos que o legislador,

amarrado este apenas pela Constituição (consubstanciando a chamada discricionariedade legislativa), de maneira que se estabelece uma gradação no grau de discricionariedade judicial: haverá mínima liberdade nos casos em que o texto normativo for vazado de modo preciso e objetivo, e máxima liberdade no caso de lacuna legislativa, ocasião em que deverá promover a integração do sistema normativo, através dos métodos nele previstos.

A independência entre os poderes, conforme DA SILVA (2009), implica: que a investidura e a permanência de pessoas num órgão de governo não depende da confiança e nem da vontade dos outros; que possua atribuições próprias e possa exercê-las independentemente da vontade dos outros poderes, aos quais não precisa consultar ou pedir qualquer tipo de autorização, via de regra; que sejam livres na organização de seus serviços, observados apenas os mandamentos legais e constitucionais.

A independência entre os poderes, não vem prevista isoladamente na Constituição, que em seu Art. 2º dispõe: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Por conseguinte, juntamente com a independência entre os poderes constituídos, deve-se observar que necessariamente há de haver o que se denomina de harmonia entre os mesmos. Consoante DA SILVA, a harmonia entre os poderes verifica-se pelas normas de cortesia no trato recíproco e pelo respeito às prerrogativas de cada um.

Não obstante, é cediço que a separação de poderes não é dotada de caráter absoluto.

De maneira a evitar que um poder exorbite de seus limites constitucionais, devem os poderes exercerem uns em relação aos outros uma espécie de limite, de barreira a frear o abuso e a ingerência indevida. A essa teoria se denomina Teoria dos Freios e Contrapesos (*Checks and Balances*). O nome em inglês se deve ao fato da teoria ser oriunda do direito norte-americano, conforme relata Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco:

“Outra contribuição fundamental ao desenvolvimento do princípio em questão se deu por influência do constitucionalismo norte-americano, que concebeu a necessidade de instituição de mecanismos de “freios e contrapesos” (checks and balances), que permitissem “controles recíprocos entre os poderes, de forma a evitar que qualquer um deles pudesse atuar abusivamente no campo das respectivas atribuições.” (MENDES; BRANCO. 2015, P. 128)

Nesse contexto, surge a idéia do ativismo judicial, que tem sido usado, normalmente como uma última ratio do Poder Judiciário para compelir o executivo à cumprir sua missão de resguardar os direitos fundamentais (normalmente a uma prestação positiva).

Ainda, há quem veja com maus olhos e atribua ao termo a conotação negativa de interferir nos âmbitos legislativo e executivo, violando a separação dos poderes. Nesse sentido, RAMOS (2015, p 131-33) sustenta que há uma sinalização claramente negativa por parte da doutrina, no tocante às práticas ativistas, por importarem em “desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”. É que no entender do referido autor, a a Constituição traz uma separação de poderes através da atribuição de funções a órgãos específicos, sendo possível um compartilhamento interorgânico, mas sempre deve ser respeitado um núcleo essencial, que não é passível de exercício senão pelo poder constitucionalmente competente.”

RAMOS (2015), ainda classifica a possibilidade de controle judicial de atos do legislativo e executivo em graus: Inexistência de Controle, Controle mínimo, Controle Médio Fraco, Controle Médio Forte e Controle Máximo.

A inexistência de controle referir-se-ia às Políticas Governamentais monopolizadas pelo Poder Executivo, o direcionamento político do Estado. O Controle Mínimo seria relativo ao exercício de jurisdição pelo Poder Legislativo, em que o Judiciário Interfere apenas para garantir a observância do direito à defesa e do devido processo legal. O

Controle Médio Fraco seria o relativo aos atos interna corporis, atos de chefia e Controle de Constitucionalidade fundado em princípios. O Controle. O Médio forte seria relativo aos atos administrativos em que houvesse discricionariedade. Já os atos cujo controle é máximo seriam os atos da administração plenamente vinculados.

Com base em tais conceitos, avança-se no tema proposto.

4.2. A Dialética entre Reserva do Possível e Mínimo Existencial

Diante do já dissertado sobre o tema, constata-se que a judicialização dos direitos sociais seriam um sintoma do ativismo judicial em grau elevado, porquanto veiculado a substituir e interferir em políticas estatais.

É evidente que o Poder Judiciário deve, diante das escolhas de alocações orçamentárias e realização de políticas públicas, por tratar-se de matéria afeita ao âmbito discricionário do poder executivo, manter uma postura de deferência em relação às escolhas traçadas pelo administrador.

Não obstante, conforme se viu, os direitos sociais possuem uma dimensão negativa que impede que os núcleo essencial (mínimo existencial) seja violado.

Nessa seara, entra a idéia de vedação ao retrocesso social. O conceito tem duas dimensões distintas, sintetizadas por Christiano de Oliveira Taveira e Thaís Boia Marçal:

"É certo que o legislador ordinário possui autonomia para editar atos que considere como convenientes para a sociedade, mas essa liberdade de con- formação tem como limite o núcleo essencial do direito já realizado.

A partir desse princípio, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, concretizando determinado direito, este irá se

incorporar ao patrimônio jurídico da cidadania, não podendo ser absoluta- mente suprimido.

Com isso, percebe-se que o princípio da proibição do retrocesso social pode ser traduzido como descumprimento, por ato comissivo, de imposição legiferante, que viola o dever jurídico concreto de editar leis que regulamentem (de modo gradativamente crescente) as normas constitucionais definidoras de direitos sociais.

Acrescente-se, ainda, que o princípio da proibição do retrocesso social apresenta intensa relação com a proibição de proteção deficiente e da proibição.

Diante das conceituações propostas, resta evidente a precípua eficácia negativa do princípio em estudo, qual seja, a vedação da edição de normas contrárias ao regramento constitucional estatuído, bem como a revogação de norma cuja edição se encontra indicada pelo próprio poder constituinte originário, sem sua substituição por alternativa legítima.¹⁵

Entanto, não se deve ter como de menor importância a sua eficácia positiva, que pode ser traduzida no dever de o legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias, conforme será visto em item oportuno), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. Frise-se que a proibição de retrocesso social não pode ser traduzida como mera manutenção do status quo,

pois apresenta como igual finalidade a obrigação de avanço social (TAVEIRA, MARÇAL; 2013, p. 162-164)

A justificativa da vedação ao legislador de retroceder na marcha do avanço social é primeiramente o Princípio da Máxima Efetividade das normas constitucionais, pautando-se o hermeneuta pela solução jurídica mais próxima ao dever-ser que é o direcionamento do direito, a conformar a realidade, além da veiculação de um conteúdo mínimo relativo ao núcleo duro dos direitos a uma prestação:

“O fundamento da vedação do retrocesso pode ser considerado consequência lógica do princípio da efetividade das normas constitucionais, segundo o qual o intérprete jurídico deve optar pela solução hermenêutica mais próxima do “dever-ser” normativo ao “ser” da realidade social.

Além disso, observa-se que o referido princípio emergiu da preocupação com o resgate das promessas da modernidade tardia, sustentada na tese do constitucionalismo compromissório-programático.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, se pudesse ser admitida uma ausência de vinculação mínima do legislador (bem como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial concretizado, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, haja vista que o agente eleito está apenas dando cumprimento aos mandamentos constitucionais no momento em que implementa um direito fundamental.

Assim, a supressão do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito fundamental estará afetando a própria dignidade da pessoa, fato que se revela inadmissível. (...)

A noção de proibição de retrocesso tem sido por muito relacionada à noção que José Afonso da Silva apresenta como de um direito subjetivo negativo, ou seja, seria passível de impugnação judicial toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição, bem como rechaçar medidas legislativas que venham a subtrair o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador. (TAVEIRA, MARÇAL; 2013, p. 175)

O mesmo raciocínio se transpõe para o caso de leis orçamentárias que possibilitam a ação do administrador para tutelar as necessidades garantidas por direitos a uma prestação estatal:

"A partir do momento em que se aceita a premissa de que Constituição Federal necessita ser progressivamente realizada, não sendo admissível que seja "desrealizada", tampouco "aleatoriamente realizada", apresenta-se como igualmente verdadeiro o fato de que os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e da proteção da confiança, se encontram vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a certa autovinculação em relação aos atos anteriores. Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador quanto os atos da administração e, em certa medida, dos órgãos jurisdicionais.

Com isso, as normas legais que realizam um direito em termos diferentes dos constitucionalmente previstos ou que contrariem a realização legal anteriormente atingida devem ser consideradas inconstitucionais.

O mesmo raciocínio deve ser transposto quando se discutem as normas orçamentárias. Não se pode

aceitar com naturalidade que determinada lei orçamentária não preveja dotação adequada ao implemento de direitos fundamentais, ao passo que prevê dotação orçamentária para concretização de direitos não essenciais, sob pena de tornar as normas que garantem primazia à implementação dos direitos fundamentais mera retórica constitucional. " (TAVEIRA, MARÇAL; 2013, p. 176)

Dessa forma, o Princípio da Proibição ao Retrocesso atua como fator de molde à reserva do possível, impondo que seja observado um patamar civilizatório mínimo já na atuação dos poderes executivo, legislativo e judiciário no que concerne à elaboração e no processo de aprovação do orçamento.

Já no plano da execução orçamentária, momento em que se entra no campo das políticas públicas, entra em cena o contraste entre a reserva do possível e o mínimo existencial. Como cediço, a reserva do possível é um fator de restrição da promoção do mínimo existencial, mas alguns contrapontos têm que ser feitos.

Primeiramente, a reserva do possível, assim como o próprio Princípio da Eficiência, impõem que a utilização do orçamento seja utilizado tal qual aprovado, vedados contingenciamentos descabidos pelo Poder Executivo:

"Nesta esteira, Christian Courtis defende que, apesar de ser conferida ao administrador alguma liberdade de escolha, esta diz respeito apenas e tão somente aos meios para alcançar a finalidade buscada, qual seja, a garantia dos direitos fundamentais, mas isso não pode ser traduzido em uma discricionariedade absoluta e, muito menos, indiferença em relação aos resultados. O teste da eficiência na avaliação das ações governamentais busca considerar os resultados obtidos em face dos recursos disponíveis. Busca-se representar as

realizações em índices e indicadores, para possibilitar comparação com parâmetros técnicos de desempenho e com padrões já alcançados anteriormente. Com a avaliação da eficiência do ato ou política pública implementada procura-se analisar o grau em que os objetivos e as finalidades do governo foram alcançados. Trata-se, então, de medir o progresso alcançado dentro da programação de realizações governamentais.

Dessa forma, se o administrador consegue atingir, com a mesma eficiência, a concretização de um direito fundamental ainda que se valendo de dotação orçamentária menor, não há qualquer violação ao princípio da proibição do retrocesso. Observa-se, portanto, nesse caso, que está conseguindo atingir um grau de eficiência maior na sua atuação, prática esta que é a esperada dos agentes públicos.

Do mesmo modo, não é possível defender que, apesar de haver dotação orçamentária para gradativa implementação de um direito fundamental, este seja suprimido em razão do contingenciamento ilegal do Executivo.

Ainda, a Reserva do Possível impõe ao executivo que exponha as razões da falta de recurso e comprove a situação alegada de forma cabal, porquanto constitui restrição ao exercício de direitos fundamentais. Nesse sentido, SARLET e FIGUEIREDO (2010), que o conteúdo do mínimo existencial não é o mesmo para cada caso concreto e para todos os diferentes direitos sociais delineados na Constituição Federal, de maneira que deve ser feita, pelo administrador, a necessária a necessária comprovação (o ônus da prova é da Administração Pública) da falta de recursos e da devida aplicação dos mesmos.

Na fricção comum entre a reserva do possível e o mínimo existencial, deve ser utilizada a técnica da ponderação observados alguns

critérios de solução e, como trata-se de dois elementos cujo conteúdo são naturalmente fluidos, deve o judiciário adotar, via de regra, uma postura de autocontenção, de maneira a prestigiar as decisões que se encontram no mérito da discricionariedade do administrador.

Alguns parâmetros para uma atuação ativa do poder judiciário, quando necessária sua atuação no caso de uma omissão inconstitucional em prestar, podem ser traçados. Primeiro deve-se observar se o direito a vindicar vem expresso no enunciado normativo consubstanciado em uma regra constitucional ou em um princípio. Inexoravelmente, as regras possuirão um poder vinculativo maior por sua própria natureza (SARMENTO, 2013). É que as regras, por constituírem-se comandos diretos, de definição, possuem uma força coativa mais direta sobre o administrador que os Princípios, que nem sempre trazem conteúdo delineado perfeitamente. No caso destes, é inarredável o exercício de uma ponderação dos interesses em disputa.

Ademais, há que se observar, conforme salientado anteriormente, a razoabilidade do pedido e a proporcionalidade da prestação (SARMENTO, 2013).

Nesse tópico, há que se chamar atenção ao seguinte: dentro da razoabilidade da exigência, há de se aferir o grau de violação à eficácia negativa do direito constitucionalmente garantido. Quanto maior o grau de violação, mais razoável é o pedido e maior a possibilidade de uma postura ativista do judiciário.

Por outro lado, dentro da proporcionalidade da prestação, deve observar-se o seguinte: a disponibilidade orçamentária e a coerente execução orçamentária e a questão da macroconflituosidade. Quanto maior a tendência da querela judicial a multiplicar-se e, com isso, causar um incalculável prejuízo aos cofres públicos, maior deve ser a postura de autocontenção judicial, por ser maior a possibilidade de influenciar diretamente na forma de condução política do Estado, o mais alto grau de insindicabilidade judicial.

Diante de tais parâmetros objetivos para controle, não se pode falar em uma invasão indevida da esfera legislativa, ou violação da separação de poderes, mas tão somente de uma atuação judicial no âmbito de omissões inconstitucionais do Poder Público, o que mais se afigura como uma postura inerente à ideia de freios e contrapesos decorrente da Harmonia entre os Poderes Constituídos.

4.3. A Tutela de direitos sociais por intermédio da Ações Coletivas

Traçados os parâmetros dogmáticos acerca da tutela coletiva de direitos, de suas características próprias, processamento e efetividade de suas decisões, cabe agora perquirir se é constitucional a tutela de direitos sociais através de tal instrumento processual.

Diversos são os meios constitucionalmente assegurados para a tutela do mínimo existencial.

A mãe de todas as garantias é a própria inafastabilidade da jurisdição, que impede a retirada do judiciário da apreciação de lesão ou ameaça a direito. Fixada anteriormente a premissa de que a violação ao mínimo existencial é uma violação à dimensão negativa do próprio direito constitucionalmente assegurado, deve o Poder Judiciário intervir.

Nessa forma, se afigura possível o uso de instrumentos individuais de tutela. Ricardo Lobo Torres (1989), tais como o Mandado de Segurança e o Mandado de Injunção. Vale transcrever a lição do insuperável mestre:

"O mandado de segurança tem grande importância para a proteção do status negativo do mínimo existencial. A imunidade das instituições filantrópicas, as deduções do imposto de renda, as isenções dos impostos indiretos, a limitação da taxa judiciária sempre foram asseguradas entre nós na via mandamental ou ordinária.

Também o *status positivus libertatis* é garantido pelo mandado de segurança. Qualquer ação ou omissão dos órgãos públicos que implique violação do direito fundamental às condições mínimas de existência humana digna justifica o controle jurisdicional.

O ensino primário gratuito deve ser assegurado pelo Judiciário, embora o secundário e o superior não gozem de igual prerrogativa, em face do disposto no art. 208, 11, da CF.121 A assistência médica de urgência nos hospitais públicos é igualmente objeto de controle do juiz.

O mandado de injunção, de que cuida o art. 52, inciso LXXI, da CF de 1988, é outro importantíssimo instrumento para a garantia do mínimo existencial. Conceder-se-á "sempre que a falta de norma regulamentadora tome inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais". Veio dotar o Judiciário de meios para o controle da omissão dos outros poderes e representa moderníssima conquista no campo dos direitos humanos, eis que se entendia que o juiz, na ausência de lei prévia, não poderia conceder prestações necessárias à garantia do mínimo existencial, por implicar gasto público. Mas o mandado de injunção há que ser aplicado com moderação e servirá, principalmente, para, dialeticamente, antecipar e motivar a atividade do legislador, tendo em vista que não competirá ao juiz elaborar a norma abstrata, mas, apenas, conceder ou garantir casuisticamente a prestação estatal positiva,^{III} construindo a regra aplicável à hipótese emergente(...).

Tiveram a vantagem de antecipar e inspirar as medidas do Legislativo para o preenchimento das

omissões normativas e as redefinições orçamentárias, embora não se lhes poupem críticas pelo aspecto da discricionariedade judicial e da desestruturação dos programas governamentais (...). (TORRES. 1989, p. 18-20)

Sem dúvida o professor Ricardo Torres acerta quando enfatiza que tais instrumentos são meios idôneos para garantir o respeito ao mínimo existencial. Inclusive, a omissão estatal na proteção de direitos fundamentais pode se dar, conforme visto, tanto no plano legislativo quando no plano administrativo. Por tal razão, o Mandado de Injunção consta como instrumento de possível garantia do mínimo existencial, combatendo a omissão inconstitucional no plano legislativo.

Não obstante, não se pode evitar a constatação que a falta de ação estatal no âmbito administrativo leva ao ajuizamento de demandas denominadas de mandamentais, porquanto tem por objetivo compelir o Estado a prestar o necessário para que se garanta o mínimo inerente aos direitos constitucionalmente previstos.

Conforme se viu, há sempre o risco de multiplicação de tais conflitos em face do Estado, ao que o magistrado deverá sempre estar atento, sendo tal fato proposto nesse trabalho como um fator de incremento de uma postura contida.

É que, diante de uma lide em que se busca solução a um caso específico, dificilmente o magistrado terá um panorama amplo da situação em termos macroeconômicos, de forma a avaliar efetivamente o limite de uma possível exceção da reserva do possível.

Por outro lado, esse problema é minimizado sensivelmente nas denominadas ações coletivas, ante as especificidades desse tipo de demanda. Nos conflitos multitudinários levados a conhecimento do judiciário por um substituto processual adequado, com mais recursos e aparatos para a devida instrução processual, com prerrogativas próprias e um regime próprio relativo à produção de provas e à coisa julgada, é factível que o magistrado terá um panorama muito mais amplo da situação que se discute em termos de macrojustiça, o que contribuirá para que a

solução se aproxime do resultado justo decorrente de uma ponderação efetiva entre o mínimo existencial e a reserva do possível, levando em consideração todos os elementos apontados no tópico anterior, ao qual se remete.

A própria previsão da Ação Civil Pública, o principal meio de tutela de direitos coletivos hoje existente no ordenamento, surge em decorrência da mudança de paradigma: de um Estado Liberal, em que predominavam os direitos denominados de primeira geração, para um Estado Social, que possui como um dos objetivos basilares implementar a igualdade material prevista no texto da Constituição.

Nesse sentido Marcelo Abelha Rodrigues (in. DIDIER [org.]; 2013) narra que na época em que elaborado o CPC de 1973, era confessa a adoção pelo modelo liberalista extraído de diplomas processuais europeus, notadamente o austríaco e o alemão. Isso fez com que o CPC tivesse assumido um caráter eminentemente liberal. O temor de um retorno ao absolutismo, do esbulho público (confisco) da propriedade e do cerceamento da liberdade obrigaram a implementação de uma política não intervencionista. Isso se revela em alguns pontos do CPC de 1973, tais quais: a) a postura neutra e distante do juiz que só atuava se fosse provocado nos moldes legais; b) a supremacia das técnicas de segurança em detrimento das de efetividade; c) o apego exagerado à forma dos atos processuais; d) a execução vinculada a provimentos exaurientes e transitados em julgado; e) o dogma quase intangível da coisa julgada material; f) a supervalorização do direito de agir, vista como uma proteção do direito material violado; g) o afastamento do processo em relação ao direito material, visando consolidá-lo como ciência; h) o isolamento das tutelas processuais através de funções específicas (cognitiva, executiva e cautelar); i) a prova vista sob uma ótica privada; (...). Assim, cabia ao Estado um dever eminentemente negativo, de não intervir na liberdade individual dos particulares. Nessa seara, era clara a distinção entre o público e o privado e, diante desse quadro, nem se poderia cogitar falar em direitos coletivos situados dentro desse hiato, porquanto seria uma violação à liberdade individual.

RODRIGUES (2013) alerta ainda que a transformação do Estado Liberal para um Estado Social foi consequência natural do sistema capitalista e da exploração do trabalho, de maneira que começou-se a perceber a necessidade de um Estado mais intervencionista, que passasse a proporcionar uma isonomia real aos seus integrantes. Também na seara dos direitos trabalhistas e previdenciários tem-se a fonte dos direitos tutelados de forma organizada pelos corpos representativos de grupos e categorias. Já se fala em direitos que ultrapassam a barreira individual e recaem sobre o grupo, categoria ou classe, vistos como uma unidade. Com todos esses novos aspectos reclamaram uma mudança em relação ao modelo processual adotado, que tinha como mola individualidade. Nesse sentido, esses novos direitos repercutiram na fortificação, sobretudo de um direito coletivo. Assim, pode-se elencar algumas vantagens do direito coletivo que trouxe transformações no modelo processual então vigente: o juiz possui uma postura mais ativa, com a franca valorização do Princípio Inquisitivo; o reconhecimento de que é necessário intervir o Estado-Juiz para garantir a isonomia material; valorização da efetividade; desapego à forma dos atos e apego à instrumentalidade do processo; a prova vista sob uma ótica pública.

Em suma, com relação à prova, inclusive, esta deve ser pautada pelo Princípio da Verdade Real, adotando-se o princípio inquisitório. No que tange ao pedido, há uma mitigação do princípio da congruência, podendo o juiz valer-se da maleabilidade necessária para fornecer a tutela adequada para o conflito que tem em mãos, considerando-se a extensão de seus efeitos. Ainda, a coisa julgada se efetiva de forma diferenciada, abrangendo o grupo substituído, sem prejudicar eventuais demandas individuais futuras.

É, por conseguinte, inarredável a conclusão de que os direitos sociais, por todas essas peculiaridades da tutela coletiva de direitos, não somente pode, como também devem ser preferencialmente tutelados mediante ações de natureza coletiva, em especial a ação civil pública, porquanto oferecem no plano processual uma maior igualdade entre os litigantes e oferecem ao magistrado instrumentos mais efetivos para que chegue ao resultado justo diante da ponderação de princípios constitucionais.

Nem se há que aduzir que, em razão de se tratar de ações que veiculam direitos de uma categoria, haveria uma indevida invasão na seara do executivo e consequentemente uma violação do Princípio da Separação de Poderes. Isso porque, a bem da verdade, a tutela de direitos sociais pela via coletiva favorece tanto os substituídos, quanto o Poder Público, na medida em que fornece ao magistrado uma visão mais ampla do problema. Permite ao órgão que efetuará o julgamento de maneira imparcial que obtenha acesso, de maneira mais profunda, à dimensão do conflito que tem em mãos, para que decida, utilizando da boa técnica, qual caminho seguir, seja uma postura proativa, seja uma postura de autocontenção.

Pode ser que numa determinada ação coletiva, o juiz obtenha a plena noção de que a exigência dos substituídos é mais fraca que outros princípios constitucionais, ou ainda que o Estado comprove, de forma cabal, que a situação não surgiu de uma ingerência ou negligência administrativa e que o orçamento público não comportaria a providência solicitada na escala em que proposta, o que pode levar ao afastamento do pedido.

Além disso, previne o ajuizamento de infindáveis futuras ações individuais e firma um poderoso precedente, na medida em que fundado em ampla e vasta cognição. É a justiça sendo aplicada em larga escala, passando da idéia de microjustiça (casos concretos individuais), para uma idéia de macrojustiça (conflitos multitudinários), mais hábil a interferir na seara administrativa do Poder Executivo, que por definição lida, como mister e cotidianamente na seara de políticas públicas, com problemas de macrojustiça.

Assim, há de se concluir que a tutela coletiva dos direitos a uma prestação estatal é medida legítima, não se podendo inferir qualquer inconstitucionalidade em seu exercício, e apesar de traduzir uma postura proativa do Poder Judiciário, não implica em violação do Princípio da Separação dos Poderes, mas como um legítimo instrumento de contrapeso por parte do Poder Judiciário a uma omissão inconstitucional do Poder Executivo, nos moldes da Teoria dos Freios e Contrapesos, decorrência direta da harmonia entre os poderes, previsto no Art. 2º da Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

Viu-se que o direito brasileiro, atendendo à demanda social existente, evoluiu da tutela eminentemente individual para a criação de um mecanismo de tutela coletiva de direitos. Tal mutação revela, verdadeiramente, uma tendência mundial de coletivização dos conflitos, e a adequação dos ordenamentos para satisfazer a necessidade de uma pacificação social adequada. Nesse sentir a ação civil pública é, antes de mais nada, ação de cunho constitucional, garantidora de direitos previstos na carta magna. Faz parte das denominadas garantias instrumentais, que visa operacionalizar e dar consistência aos direitos fundamentais em seu âmbito material. E tais ações caracterizam-se por, além de terem procedimentos céleres, visarem alcançar o máximo de efetividade na tutela dos direitos garantidos.

Salientou-se que há, hoje, um subsistema (ou microssistema) de tutela coletiva, composto pela Lei de Ação Civil Pública, pelo Código de Defesa do Consumidor e por mais todos os diplomas relativos à tutela coletiva de direitos existentes no ordenamento, microssistema esse inaugurado pela referida Lei de Ação Civil Pública, de maneira a permitir uma vasta gama de procedimentos e a perfectibilização de uma adequada tutela aos conflitos de massa.

Além disso, há um regime diferenciado nessas ações coletivas, que ocorre segundo o evento da prova e segundo o evento da lide em relação aos substituídos, para beneficiá-los, sem que o resultado negativo os prejudique.

Em prosseguimento, estudou-se a natureza dos direitos sociais, de maneira a concluir-se que se configuram *direitos de prestação em sentido estrito*, apenas mais uma forma de manifestação dos denominados direitos fundamentais, assim classificados por estarem em um capítulo apartado e exigirem, por natureza, uma ação positiva do Estado.

Outrossim, concluiu-se que, no que diz respeito ao próprio conteúdo do mínimo existencial, este não pode ser confundido com o que tem-se chamado de mínimo vital ou mínimo de sobrevivência. A garantia a

uma vida digna exige que, além de se garantir as condições de uma sobrevivência física, que seria uma espécie de primeiro passo em relação ao dever geral de garantir uma vida plena. Por conseguinte, o conteúdo do mínimo existencial no que tange ao direito à vida, compreendido como um direito e uma garantia fundamental, deve ser visto como mais que a simples concepção fisiológica traçada no direito alemão, em que apenas as condições materiais mínimas que protegem a própria sobrevivência estariam abarcadas pelo seu conceito.

A proteção desse mínimo existencial se efetiva de mais de uma forma. Numa dimensão positiva, a princípio pode-se falar na realização do mínimo existencial pela prestação de serviço público específico e divisível, que serão gratuitas em virtude da imunidade das taxas e demais tributos contraprestacionais, conforme se infere na educação primária, saúde pública etc. Nesse sentir, o Art. 206, IV da CF dispõe que um dos princípios que balizam a educação é a "gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais", bem assim como o Art. 196 dispõe que a saúde é "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". De outro lado, conforme se viu, pode ser realizada através de subvenções a auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas e privadas, que muitas vezes se compensam com as imunidades.

Por outro lado, não se pode, a princípio, obrigar o Estado a prestar aquilo que se encontra fora dos limites do razoável, cujo conteúdo seria objeto de discriminação pelo legislador, representante eleito do corpo social. O conceito da famigerada "reserva do possível" abrange, ao menos, uma tríplice dimensão conceitual, que pode ser dividida em: a) efetiva disponibilidade de fato dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, o que guarda intrínseca conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, o que reclama um real equacionamento na divisão de responsabilidades, haja vista que no caso do Brasil foi adotado o modelo federativo de forma

expressa na Constituição de 1988; c) na perspectiva do também eventual titular de um direito a uma prestação positiva de cunho social, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, tanto no que tange à sua exigibilidade quanto no que toca também a razoabilidade.

Nessa ordem de idéias, é evidente que o Poder Judiciário deve, diante das escolhas de alocações orçamentárias e realização de políticas públicas, por tratar-se de matéria afeita ao âmbito discricionário do poder executivo, manter uma postura de deferência em relação às escolhas traçadas pelo administrador.

Todavia, ao executivo cabe já na elaboração do orçamento observar o Princípio da Proibição ao Retrocesso, o qual atua como fator de molde à reserva do possível, impondo que seja observado um patamar civilizatório mínimo já na atuação dos poderes executivo, legislativo e judiciário no que concerne à elaboração e no processo de aprovação do orçamento.

No plano da execução orçamentária, momento em que se entra no campo das políticas públicas, entra em cena o contraste entre a reserva do possível e o mínimo existencial. A reserva do possível, assim como o próprio Princípio da Eficiência, impõem que a utilização do orçamento seja utilizado tal qual aprovado, vedados contingenciamentos descabidos pelo Poder Executivo, além de impor ao executivo que exponha as razões da falta de recurso e comprove a situação alegada de forma cabal, porquanto constitui restrição ao exercício de direitos fundamentais.

Na fricção comum entre a reserva do possível e o mínimo existencial, deve ser utilizada a técnica da ponderação observados alguns critérios de solução. Foram propostos como critérios objetivos para definição justa da solução. Primeiramente deve-se observar se o direito a vindicar vem expresso no enunciado normativo consubstanciado em uma regra constitucional ou em um princípio. Inexoravelmente, as regras possuirão um poder vinculativo maior por sua própria natureza. Em segundo lugar, há que se observar, conforme salientado anteriormente, a razoabilidade do pedido e a proporcionalidade da prestação. Que dentro da proporcionalidade da prestação, deve observar-se o seguinte: a

disponibilidade orçamentária e a coerente execução orçamentária e a questão da macroconflituosidade. Quanto maior a tendência da querela judicial a multiplicar-se e, com isso, causar um incalculável prejuízo aos cofres públicos, maior deve ser a postura de autocontenção judicial, por ser maior a possibilidade de influenciar diretamente na forma de condução política do Estado, o mais alto grau de insindicabilidade judicial.

Respeitados tais critérios objetivos, há que se concluir pela legitimidade da postura judicial de controle.

É inexorável a conclusão de que coletiva de direitos, não somente pode, como também devem ser preferencialmente tutelados mediante ações de natureza coletiva, em especial a ação civil pública, porquanto oferecem no plano processual uma maior igualdade entre os litigantes e oferecem ao magistrado instrumentos mais efetivos para que chegue ao resultado justo diante da ponderação de princípios constitucionais, seja porque a tutela coletiva de direitos possui mecanismos que permitem uma tutela efetiva em relação ao titular do direito violado, em virtude de peculiaridades na produção probatória, alcance e regime da coisa julgada, seja porque permite ao órgão que efetuará o julgamento de maneira imparcial que obtenha acesso, de maneira mais profunda, à dimensão do conflito que tem em mãos, para que decida, utilizando da boa técnica, qual caminho seguir, seja uma postura proativa, seja uma postura de autocontenção.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIDIER JR., F, org. **Ações Constitucionais**. 6 ed., 2013, editora Jus Podivm.

NOVELINO, M. **Manual de Direito Constitucional**. 8 ed., 2013, Editora Método.

MENDES, G. F. BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed., 2015, Editora Saraiva.

DA SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed., 2010, Editora Malheiros.

TAVEIRA, C. O.; MARÇAL, T. B. **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 264, p. 161-186, set/dez. 2013.

TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, 1989. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>>.

Acesso em: 05 Jan. 2017.
doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v177.1989.46113>.

SARLET, I. W.; TIMM, L. B., org. **Direitos Fundamentais: Orçamento e "Reserva do Possível"**. 2ª Ed., 2010, Rio Grande do Sul, Livraria do Advogado Editora.

RODRIGUES, M. A. **Ações Constitucionais**. 6ª ed. Salvador: **Juspodivm**, 2013. Capítulo VII – Ação Civil Pública. In. DIDIER JR., Fredie [org.].

ZAVASCKI, T. A. **Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIDIER JR, F. D.; ZANETTI JR, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 8ª ed. V. 4. Salvador: Juspodivm, 2013.

RAMOS, E. S. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Editora Sariva, 2ª ed.

SARMENTO, D. **Direito Constitucional - Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2013.

ZANETI JR, H.; GARCIA, L. **Direitos Difusos e Coletivos**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, 8ª ed.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017, 21ª ed.

BRASIL, Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a Ação Civil Pública. In: Vade Mecum Saraiva. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Lei 8.078, de 12 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: Vade Mecum Saraiva. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

STJ, REsp 510.150/MA, Rel. Min. Luis Fux, DJ 29.03.2004. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 16/12/2017.

STJ, REsp 1.302.596-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 9/12/2015). Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 01/03/2018.

A POSSIBILIDADE SEGUNDO O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO DO ABORTO MICROCEFÁLICO

ERIK DE MELO MOURA: Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC.

WELLINGTON MIRANDA
(Orientador)^[1]

RESUMO: O presente trabalho discute um tema que gera enorme discussão no ordenamento jurídico brasileiro, bem como na sociedade. A questão do aborto é muito delicado em qualquer canto do mundo, principalmente no Brasil, por conta da imensa influência que o mesmo recebe por parte dos Cristãos. Para melhor discutir o tema foi realizada uma pesquisa dentre as mais significativas religiões do mundo, afim de vislumbrar o ponto de vista de cada uma acerca do tema. O trabalho não visa discutir o aborto em si, mais sim a possibilidade da gestante abortar o feto que fora diagnosticado com microcefalia, pois esta doença gera inúmeros transtornos para a criança que viverá necessitando diariamente de cuidados especiais para o resto da vida. Em meio a tantos questionamentos e entendimentos acerca do tema, o trabalho busca elucidar e suscitar ainda mais a discussão afim de encontrar a melhor solução para o referido tema.

Palavras-chave: Aborto. Gestante. Microcefalia.

ABSTRACT: This paper discusses a topic that generates enormous discussion in the Brazilian legal system, as well as in society. The issue of abortion is very delicate in any corner of the world, especially in Brazil, because of the immense influence it receives from Christians. To better discuss the theme, a survey was conducted among the most significant religions in the world, in order to glimpse the point of view of each one on the subject. The work does not aim to discuss abortion itself, but rather the possibility of the abortion of the fetus that was diagnosed with microcephaly, because this disease generates innumerable disorders for the child who will need daily special care for the rest of his life. In the midst of so many questions and understandings about the theme, the work seeks to

elucidate and raise even more the discussion in order to find the best solution for the said topic.

Keywords: Abortion. Pregnant. Microcephaly.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico visa discutir um tema polêmico, pois tratar-se-á do aborto, mais precisamente se existe a possibilidade da gestante optar pelo aborto em caso de diagnóstico do feto com microcefalia.

Conforme o artigo 128 do Código Penal (CP) Brasileiro não são puníveis apenas duas formas de aborto, que são, quando a gravidez coloca a vida da gestante em risco de morte, sendo o aborto a única forma de resguardar sua vida e nos casos da gravidez ser resultante a um estupro.

As demais possibilidades não são legalmente autorizadas a realizar o aborto, nem mesmo em casos de má formação do cérebro do feto existe a autorização para o mesmo, na atualidade os casos de microcefalia passaram a ter uma maior ênfase, em razão, principalmente ao surto do vírus Zica, transmitido pelo mosquito *Aedes Aegypti* em todo o mundo.

A microcefalia é uma má formação do cérebro da criança, mas difere de um bebe anencéfalo, pois a criança com anencefalia não desenvolve o cérebro e o cerebelo e a expectativa de vida da criança é praticamente nula, a maioria dos casos resultam em morte já uma criança com microcefalia terá um atraso mental e alterações físicas, como por exemplo dificuldade de andar, na fala, dentre outras.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 autorizou a interrupção da gravidez, para resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, em casos diagnosticados com anencefalia, surgindo assim mais uma possibilidade judicial de aborto.

A vida de uma criança com microcefalia é de fato complicada e requer cuidados específicos, são diversos os casos de mães que precisam transformar completamente sua vida para poder dedicar-se exclusivamente aos filhos microcefálicos.

É válido destacar que, apesar de possuírem expectativa de vida maior do que as crianças anencéfalas, entretanto é necessário analisar o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a vida dessa criança será completamente diferente das demais e a mãe poderia ter a chance de escolher se deseja ou não continuar a gravidez nesses casos.

Ao analisar o direito comparado, diversos países autorizam o aborto em razão de má formação do feto, sendo possível a qualquer época depois de diagnosticado, sim, legalizar o aborto em determinados casos é algo muito difícil devido ser um tema sensível para toda a sociedade, porém cada caso deverá ser analisado com cuidado e atenção, pois o mesmo envolve direitos e garantias fundamentais tanto da gestante quanto do feto. Para tanto, foi realizada uma

pesquisa bibliográfica doutrinária, utilizou-se, ainda, artigos científicos, bem como a decisão do Superior Tribunal Federal (STF) na ADPF 54, tudo para melhor tratar do tema proposto, além de observar a legislação vigente acerca dos mesmos.

1 ASPECTOS GERAIS SOBRE O ABORTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao iniciar os estudos sobre o aborto é necessário conceituá-lo e de fato entender o que significa. O termo aborto possui várias definições, porém para o referido trabalho monográfico será utilizado o conceito médico, bem como o jurídico.

A medicina fornece dois conceitos sobre este tema, um denominado abortamento e outro denominado aborto. Abortamento é quando ocorre a perda do produto da concepção. Já aborto é o próprio produto da concepção. Deve-se salientar que a membrana amnióticas, a placenta e o

cordão umbilical compõem o produto da concepção, deste modo não é apenas o feto. (SILVA 2008, *online*)

No meio jurídico Fernando Capez (2004) assim o define:

Considera-se aborto a interrupção da gravidez com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto, a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno, em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre o óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião (3 primeiros meses), ou feto (a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer desde o início da concepção até o início do parto. (CAPEZ 2004, p. 108)

Vale considerar que não existe distinção entre o óvulo, embrião ou feto, para a legislação todos eles possuem vida e qualquer que seja o tempo da interrupção da gravidez é considerado aborto.

Portanto o aborto, para a legislação não é somente o feto, pois a mesma não faz distinção. Assim, Julio Fabrini Mirabette (2011) conceitua o aborto como sendo:

A interrupção da gravidez, com a interrupção do produto da concepção, e a morte do ovo (até 3 semanas de gestação), embrião (de 3 semanas a 3 meses), o feto (após 3 meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido, pelo organismo da mulher, ou até mumificado, ou pode a

gestante morrer antes da expulsão não deixara de haver, no caso, o aborto (MIRABETTE 2011, p. 57).

Mirabette (2011) elucida que para ser considerado aborto não é necessário que exista a expulsão do corpo da mulher, pois pode ocorrer a morte da gestante, ou mesmo a mumificação do feto antes da eliminação, não descaracterizando a prática do aborto. Segundo José Henrique Pierandeli (2005, p. 109) “a palavra aborto vem do latim *ab-ortus* que significa privação do nascimento a interrupção voluntária da gravidez com a expulsão do feto do interior do corpo materno, tendo como resultado a destruição do produto da concepção”, evidenciando que a prática do aborto tem a consequência da expulsão do feto do corpo da genitora. Logo, é possível entender que o aborto é a interrupção da gravidez, a qualquer tempo antes do nascimento.

Existem várias espécies de aborto, o aborto espontâneo é considerado o aborto natural, ou seja, não é provocado, Maria Helena Diniz (2008) explica que:

Cabe acrescentar que o aborto espontâneo ou natural é geralmente causado por doenças no curso da gravidez, por péssimas ou precárias condições de saúde da gestante, preexistentes a fecundação, alguns exemplos são: sífilis, anemia profunda, cardiopatia, diabetes, nefrite crônica entre outras. Ou por defeitos estruturais do ovo, embrião ou feto (DINIZ 2008, p. 30).

Ocorre de forma natural por causas que de certa forma não são provocadas por ninguém, mas sim por problemas que tem o poder de interromper a gravidez e que dificilmente podem ser evitados pela gestante.

O aborto accidental é conceituado por Ney Moura Teles (2006) da seguinte maneira:

O aborto accidental também pode ser chamado de ocasional ou circunstancial, acontece quando inexistente

qualquer propósito em interromper o ciclo gravídico, geralmente provocado por um agente externo, como emoção violenta, susto, queda, ocasionando traumatismo, não existindo ato culposos, ou seja, negligência imprudência ou imperícia (TELES 2006, p. 130).

A gravidez é considerada delicada, mesmo quando aparentemente não existe nenhum problema, existem situações de risco que podem acidentalmente interromper a gravidez ocasionalmente, diversas são as formas de interrupção acidental.

O aborto criminoso é aquele aborto pela gestante ou por terceiro com o seu consentimento, provocado por terceiro. O aborto criminoso não pode ser praticado por médicos, por ser tratar de crime.

Como visto, o aborto é um crime. Porém, existe também o aborto permitido ou legal. No ordenamento pátrio brasileiro existem três possibilidades de interromper a gestação, a primeira é quando a vida da gestante está em risco, ou seja, "se não há outro meio de salvar a vida da gestante"; a segunda ocorre "se a gravidez resulta de estupro"; e a terceira ocorre no caso de ser constatado a anencefalia no feto.

Deste modo, pode-se aferir que a permissibilidade da prática abortiva só é permitida nos três casos citados no parágrafo anterior, sendo qualquer outra forma considerada um crime segundo o ordenamento pátrio brasileiro.

1.1 Dos Precedentes Históricos Referentes ao Aborto

Comprovar as informações quanto ao aborto é de certa forma complicado, pois não existem relatos escritos, porém é sabido que havia essa prática desde os primórdios e a sua execução varia de acordo com a religião, tendências filosóficas e Leis dos Estados antigos, existem relatos de abortos de formas cruéis na China.

Nelson Hungria (1981) ensina que:

A prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo comum entre as civilizações hebraicas e gregas. Em Roma, a lei das XII Tabuas e as leis da República não cuidavam do aborto, pois consideravam produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo. Em tempos posteriores o aborto passou a ser considerado uma lesão do Direito do marido a prole sendo sua prática castigada. Foi então com o cristianismo que o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social, tendo os imperadores Adriano, Constantino, e Teodósio, reformado o direito e assimilado o aborto criminoso ao homicídio. (HUNGRIA 1981, p. 268)

A realização do aborto está presente na história da humanidade em diversos momentos da história, algumas vezes aceitados pela sociedade, por se tratar de um cuidado do próprio corpo da mulher, podendo dispor como deseja, em outras ocasiões não aceitado por ser considerado uma lesão a prole do marido. Fernando Capez (2004) leciona que:

Na idade média o teólogo Santo Agostinho com base na doutrina de Aristóteles considerava que o aborto seria crime apenas quando o feto tivesse recebido alma, o que se julgava correr quarenta ou oitenta dias após a concepção segundo se tratasse de varão ou mulher. Já, São Basílio, não admitia qualquer distinção, considerando o aborto sempre criminoso. (CARPEZ 2004, p. 108-109)

A partir do momento que o Cristianismo tornou-se a religião predominante a prática do aborto foi considerada repulsiva, considerada até mesmo um ato criminoso. Na Bíblia Sagrada a gestação é considerada uma benção para a família, uma benção concedida por Deus para povoar a terra, em diversas passagens Bíblicas o aborto não pode ser cogitado em razão da benção que a multiplicação da família é considerada.

Em Genesis capítulo 9, versículo 1-7 diz o seguinte:

1. Deus abençoou Noé e seus filhos: "Sede fecundos, disse-lhes ele, multiplicai-vos e enchei a terra.

2. Vós sereis objeto de temor e de espanto para todo animal da terra, toda ave do céu, tudo o que se arrasta sobre o solo e todos os peixes do mar: eles vos são entregues em mão.

3. Tudo o que se move e vive vos servirá de alimento; eu vos dou tudo isto, como vos dei a erva verde.

4. Somente não comereis carne com a sua alma, com seu sangue.

5. Eu pedirei conta de vosso sangue, por causa de vossas almas, a todo animal; e ao homem (que matar) o seu irmão, pedirei conta da alma do homem.

6. Todo aquele que derramar o sangue humano terá seu próprio sangue derramado pelo homem, porque Deus fez o homem à sua imagem.

7. Sede, pois, fecundos e multiplicai-vos, e espalhai-vos sobre a terra abundantemente".

O aborto é completamente abominado pela Igreja, é considerado o derramamento de sangue que Deus proibiu e se tratando da Igreja a repercussão é tamanha, a prática do aborto desde os primórdios é um fato polêmico e com diversos entendimentos.

1.2 A Evolução Jurídica Normativa do Aborto no Brasil

O ordenamento jurídico Brasileiro passou a considerar aborto como crime em 1830, incluído como crimes contra pessoa e vida, no então Código Criminal do Império, sendo punido somente o aborto consentido e sofrido, conforme segue:

Art. 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado anterior ou exteriormente com o consentimento da mulher pejada.

Pena: Prisão com trabalho de 1 a 5 anos.

Se o crime for cometido sem o consentimento da mulher pejada. Penas dobradas.

Art. 200. Fornecer, com o consentimento de causa, drogas ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este não se verifique.

Pena: Prisão com trabalho de 2 a 6 anos.

Se esse crime for cometido por médico, boticário ou cirurgião ou ainda praticantes de tais artes. Penas: dobradas.

Segundo o Código de 1830 o aborto era considerado crime somente quando praticado por terceiros, mesmo com consentimento. Não era considerado crime quando fosse praticado pela própria gestante. (FALCÃO, *online*)

O Código Penal da República, promulgado em 1890 considerava aborto crime mesmo quando fosse praticado pela própria gestante, bem como passou a evidenciar que crime ocorreria com ou ser a expulsão do feto do útero da gestante, o mesmo dizia que:

Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso: – pena de prisão celular por dous a seis annos.

No segundo caso: – pena de prisão celular por seis mezes a um anno.

§ 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher:

Pena – de prisão celular de seis a vinte e quatro annos.

§ 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:

Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condenação.

Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante:

Pena – de prissão cellular por um a cinco annos.

Parapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria.

Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Pena – de prisão cellular por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profisão por igual tempo ao da condenação.

As limitações da época ficam nítidas ao analisar a evolução da Legislação, mas sempre evidenciaram que o aborto sempre foi considerado crime. Em 1890, com a promulgação do CP o aborto passou a ser considerado crime abrangendo todas as modalidades. Assim, passou a ser detalhado quanto à criminalização da prática do aborto, independente da circunstância, punindo o exercício da medicina de quem praticou o aborto, a prisão independente da anuência ou não da gestante, punindo mesmo a gestante em caso de aborto voluntário, reduzindo somente a pena em caso da realização do aborto para ocultar a desonra.

O código Penal de 1940 foi publicado segundo a cultura, costume e hábitos na década de 30. Passaram

mais de 60 anos, e, nesse lapso, não foram apenas os valores da sociedade que se modificaram, mais principalmente os avanços científicos e tecnológicos, que produziram verdadeira revolução na ciência médica. No atual estágio, a medicina tem condições de definir com absoluta certeza e precisão, eventual anomalia, do feto e, conseqüentemente, a viabilidade da vida extra-uterina. Nessas condições, e perfeitamente defensável a orientação do anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugênico ou piedoso (BITENCOURT, 2007, p. 129).

Mesmo diante da precariedade da época o Código Penal tenta elencar todas as possibilidades puníveis da prática do aborto.

Atualmente o CP entende que o aborto criminoso é aquele aborto pela gestante ou por terceiro com o seu consentimento, provocado por terceiro, conforme definido pelo referido diploma legal nos artigos 124 e ss.

O aborto criminoso não pode ser praticado por médicos, por se tratar de crime. Existe também o aborto permitido, pelo ordenamento pátrio brasileiro, que são as hipóteses previstas no artigo 128 do CP.

Logo, pode-se aferir que o atual Código Penal brasileiro tipificou tal conduta delitiva, fazendo algumas ressalvas quanto a sua permissibilidade.

1.3 Dos Métodos de Praticar o Aborto

As formas para ocasionar um aborto podem ser através de medicamentos, de meios físicos e até mesmo psíquicos.

Genival Veloso de França (2001) ensina que:

É comum dividir os meios empregados para o aborto em *medicamentosos* e *mecânicos*. Preferimos classificá-los em *tóxicos* e *mecânicos*, pois não existe nenhuma substância especificamente abortiva. O que

de fato se verifica é a intoxicação do organismo materno e, conseqüentemente, a morte ovular, embrionária ou fetal por meio da circulação placentária. (FRANÇA 2001, p. 249)

Logo, pode-se aferir que não existe nenhum produto voltado exclusivamente para a interrupção da gestação. Sendo a prática abortiva, além de um crime, temerária contra a saúde da gestante que pode sofrer danos irreversíveis e até a morte.

As substâncias tóxicas dividem-se em vegetal e mineral. A flora brasileira, uma das mais belas do mundo, contribui de maneira involuntária, nela encontram-se diversas espécies nativas que têm sido utilizadas de maneira alargada como: a arruda, o centeio espigado, a noz moscada, dentre outros. Já os de origem mineral como: o fósforo, o chumbo, o ferro e tantos outros também vêm sendo utilizados para esta prática ilegal.

Tais substâncias no entender de Genival Veloso de França (2001),

Podem atuar no organismo materno em quatro eventualidades: a) intoxicação da gestante determinando a morte sem que se verifique o aborto; b) intoxicação da grávida seguindo-se o aborto e a morte da mulher; c) intoxicação sem determinação da morte do ovo e cura posterior da gestante; d) intoxicação da mulher grávida, com o aborto, e cura da matriz. (FRANÇA 2001, p. 250)

Os meios físicos, também conhecidos como mecânicos, dividem-se em diretos e indiretos. Os diretos são direcionados para a cavidade vaginal, para o colo do útero e para a cavidade uterina. Já os indiretos não atuam próximos do aparelho genital da gestante, através deste meio pratica-se o aborto com sangrias, quedas, exercícios desgastantes, dentre outros.

Elisabete Kaiser Köbes (2003) explica que a aspiração por vácuo, é uma técnica avançada, sendo utilizada em abortos precoces. Na prática, pode ser utilizado este procedimento fazendo-se uso de anestesia local ou unicamente à administração de fármacos calmantes e analgésicos.

Maria Tereza Verardo (1991) aduz que a curetagem,

é utilizada até a 14^o semana, sob anestesia, de preferência geral. Exige pessoal qualificado e ambiente hospitalar, pois trata-se de uma pequena cirurgia. Inicialmente dilata-se o colo do útero com velas metálicas. Introduce-se uma cureta, instrumento em forma de colher. Faz-se uma raspagem das paredes do útero para deslocar o embrião e a placenta, que são retirados com uma pinça especial. A curetagem exige uma certa perícia, porque se for muito leve pode haver retenções e se for muito profunda pode perfurar o útero. (VERARDO 1991, p. 33)

A técnica de dilatação e evacuação deve ser utilizada entre a 13^a (Décima terceira) semana e a 24^a (Vigésima quarta) de gestação. Na dilatação, o procedimento é realizado com o auxílio de laminarias, podendo também ser utilizados fármacos. Por sua vez, a evacuação utiliza-se pinças para a retirada do feto, é feita uma aspiração do líquido amniótico, de curetas, é feita ainda uma raspagem para remover a placenta e limpar definitivamente toda a cavidade uterina.

Neste método, utiliza-se a injeção de solução salina, este método é muito cruel com o feto e expõe a gestante a um risco sem precedentes. Esta técnica só poderá ser utilizada a partir da 16^a (Décima sexta) semana, consistindo na substituição do líquido amniótico pela solução salina. O risco apresentado por este método é a injeção acidental da solução dentro de um vaso sanguíneo, o que pode levar ao choque e até à morte, por este motivo tal procedimento requer acompanhamento médico e excelentes condições de assepsia.

Maria Tereza Verardo (1991) ensina que histerotomia é o método,

Utilizado para gravidez superior à 14^a semana, em casos em que o feto não pode mais passar pelo colo do útero. É uma cirurgia que em nada difere da cesariana. Realizada com anestesia geral ou peridural. Os riscos apresentados são os mesmos que os da cesariana. (VERARDO 1991, p. 34)

A cesariana consiste em salvar a vida do bebê, já a histerotomia ou microcesárea, tem como finalidade eliminar o mesmo.

1.4 Das Modalidades de Aborto

Existem várias espécies de aborto, podendo classificar-se da seguinte forma: natural, acidental, criminoso, terapêutico, humanitário (ou sentimental), eugênico (ou eugenésico) e social (ou econômico).

Julio Fabbrini Mirabete (2002) leciona que:

O aborto pode ser *espontâneo* ou *natural* (problemas de saúde da gestante), *acidental* (queda, atropelamento etc.) ou *provocado* (aborto criminoso). As causas da prática do aborto criminoso podem ser de natureza *econômica* (mulher que trabalha, falta de condições para sustentar mais um filho etc.), *moral* (gravidez extramatrimônio, estupro etc.) ou *individual* (vaidade, egoísmo, horror à responsabilidade etc.). (MIRABETE 2002, p. 93)

Já, Nelson Hungria (1981, p. 302) ressalta que de acordo com o Código "são em número de três as modalidades do aborto criminoso: o auto-aborto, o aborto consentido pela gestante e o aborto da *dissensiente*".

O artigo 124 do CP impõe uma pena de detenção de um a três anos para o caso de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. A pena imposta para tal prática não é severa, demonstrando uma certa benevolência por parte do legislador com um crime contra a vida.

Genival Veloso de França (2001) entende que se um:

Terceiro pratica o aborto com o consentimento da gestante, este fato de consentir a que a lei se refere não tem eficácia jurídica, pois essa vontade não se assenta numa validade legal. O mesmo se entende se

essa permissão é obtida mediante fraude, violência ou grave ameaça. (FRANÇA 2001, p. 243)

Quanto à realização do aborto sem o consentimento/anuência da gestante, o mesmo encontra-se tipificado no artigo 125, do CP, sendo sua pena superior a do artigo 124 do mesmo diploma legal, sendo sua pena de três a dez anos.

O ordenamento jurídico brasileiro permite o aborto excepcionalmente em nos casos de anencefalia (ADPF 54) e os que encontram-se elencados no artigo 128, do CP, conforme exposto anteriormente.

Julio Fabbrini Mirabete (2002, p. 99) diz que, "cabe ao médico decidir sobre a necessidade do aborto a fim de ser preservado o bem jurídico que a lei considera mais importante (a vida da mãe) em prejuízo do bem menor (a vida intra-uterina)".

Já no caso de gestação proveniente de estupro, a gestante pode optar pelo aborto e se a gestante for incapaz, deve ter o consentimento de seu representante legal, conforme no disposto acima.

1.4.1 *Do Aborto Espontâneo*

O aborto espontâneo é aquele onde a gestação é interrompida por questões naturais, ou seja, quando o organismo da gestante expulsar o feto ou por conta de problemas com o feto. Ele se dá de maneira involuntária, podendo ser por acidente, por problemas no organismo da gestante, até mesmo pelo fato do próprio ovo estar defeituoso. Ocorre com mais frequência no início da gestação, nos primeiros dias ou semanas, ocasionando um com um sangramento relativamente idêntico ao menstrual.

O aborto espontâneo divide-se em o aborto iminente e inevitável. O iminente é uma ameaça de aborto, nele ocorre na gestante um sangramento vaginal leve, seqüenciado por dores nas costas e algumas outras semelhantes a cólicas menstruais. Já o inevitável é aquele onde ocorre a morte do feto, sem que haja alguma possibilidade de intervir. O

aborto inevitável pode se dar de três formas: diz-se incompleto quando a gestante não consegue expelir o feto, mais somente uma parte do tecido fetal; será completo quando a gestante expelir totalmente de seu útero o feto morto; e será preso quando ocorrer a morte do ovo, porém o mesmo não é expelido. As causas do aborto espontâneo não são fáceis de constatar. (SEABRA, *online*)

1.4.2 *Do Aborto Provocado*

O aborto provocado, também conhecido como voluntário ou direto, é a interrupção da gestação de forma intencional, fazendo-se uma extração na cavidade uterina onde encontra-se o feto.

Roland Benz Jakobi (2005, *online*) entende que “a interrupção provocada se dá por meio da administração de medicamentos, ou introdução de instrumentos no útero. Ela pode ser feita pela própria gestante, por curiosas ou por médicos”.

Em boa parte das legislações o aborto provocado é tido como crime, como delito, além sofrer um enorme repúdio por parte da sociedade religiosa.

Esta espécie de aborto divide-se em legal e criminoso, sendo o legal aqueles abortos que a lei autoriza, conforme o disposto no artigo 128, do CP e nos casos de anencefalia (ADPF 54). Já o criminoso são os que não encontram previsão legal.

1.4.2.1 *Do Aborto Legal*

O artigo 128, do CP estabelece as formas de abortos permitidas pelo ordenamento pátrio brasileiro, além de ser permitido nos casos de anencefalia (ADPF 54), conforme dito anteriormente.

O inciso I, do referido artigo trata do aborto necessário, pois ele autoriza o aborto tendo como finalidade curar ou prevenir que algo aconteça com a gestante, ficando evidente a preocupação do legislador com a saúde da gestante, ou seja, o legislador autoriza o aborto quando a vida da mãe correr risco em decorrência da gravidez.

Quando a segunda permissibilidade, no caso de estupro, Nelson Hungria (1955) entende que:

Nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida. Trata-se do aborto também denominado aborto sentimental. Sua permissão originou-se nas guerras de conquista, quando mulheres eram violentadas por invasores execrados, detestados, e deveriam, caso não interrompida a gravidez decorrente da cópula forçada, arcar com a existência de um filho que lhes recordaria sempre a horrível experiência passada. (HUNGRIA 1955)

Conforme assevera Hungria, não tem porque a mulher vítima de um estupro ter que conceber uma criança de um ato que a mesma jamais esquecerá. Ela não amará a criança como se deve, pois sempre se lembrará do ato que fora praticado contra ela, restando um trauma em sua alma.

Por fim, tem-se a ADPF 54 onde a Suprema Corte brasileira decidiu acerca da possibilidade de abortar em casos de anencefalia.

1.5 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54

O tema que fora discutido na ADPF 54 é um tema muito polêmico e que sempre gerará enormes debates e discussões, tanto dentro do judiciário, quanto da sociedade que também é parte envolvida.

Neste tópico do trabalho, será abordado o voto do relator da ADPF 54, o ministro Marco Aurélio. Antes de prosseguir, faz-se importante salientar o que fora discutido na ADPF 54, que foi a possibilidade de aborto no caso de feto anencéfalo. Assim, o ministro do Marco Aurélio trouxe dois fatos substanciais, primeiro ele diz que “até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina, o que demonstra a necessidade de pronunciamento por parte deste Tribunal”, e o segundo fato seria que:

O Brasil é o quarto país no mundo em casos de fetos anencéfalos. Fica atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um a cada mil nascimentos, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, confirmados na audiência pública. Chega-se a falar que, a cada três horas, realiza-se o parto de um feto portador de anencefalia. (AURÉLIO, Marco. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Voto na ADPF 54)

A ADPF 54 visa uma nova interpretação aos artigos 124, 126 e 128 do CP, para que torne-se permitido pelo ordenamento pátrio brasileiro a prática abortiva de fetos diagnosticados com anencefalia por profissionais médicos. Esta visa salvaguardar os direitos das gestantes em optar pelo aborto sem necessitar de uma autorização da justiça para tanto, ou qualquer outra espécie de autorização fornecida pelo Estado.

O referido ministro diz que a ADPF 54 envolve um confronto de interesses, de um lado os interesses da mulher de ter sua dignidade resguardada e do outro lado o desejo da sociedade de proteger seus integrantes, não fazendo distinção entre os que já nasceram ou os que estão pra nascer, sem importar-se com sua condição física ou se o mesmo terá condição de sobreviver após o parto.

Segundo Aurélio, apesar do tema ser delicado e envolver a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a saúde, a autodeterminação, o usufruto da vida e o pleno reconhecimento de direitos individuais, mais especificamente os direitos de cunho reprodutivo e sexual de milhares de mulheres. Não existe, segundo ele, um real conflito entre a ADPF 54 e os direitos fundamentais, mas apenas um conflito aparente.

Luís Carlos Martins Alves Júnior (2009) entende que deve-se questionar “se a mulher que se submete à antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo deve ser presa e ainda se a possibilidade de prisão reduziria a realização dos procedimentos médicos ora em discussão”.

A questão discutida na ADPF 54, trata-se da tipificação penal quanto à interrupção da gestação de feto diagnosticado com anencefalia, se o mesmo se coaduna com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

O ministro Aurélio enfatizou o poder que a igreja católica exercia no ordenamento pátrio brasileiro ao longo dos anos, enfatizando ainda que a atual Carta Magna demonstra que houve a separação entre Estado e Igreja. Ademais, o mesmo diz que o diploma Constitucional pátrio através do artigo 5º, VI e 19, I, ambos da CRFB/88 evidenciam que o ordenamento jurídico brasileiro alude de maneira expressa à religião Cristã. Assim, corroborando com tais artigos, o preâmbulo da CRFB/88 diz que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL 1988)

Deve-se salientar que o Estado, através do seu preâmbulo, bem como dos artigos acima citados, não é religioso, nem mesmo ateu. O Estado apenas é neutro.

Após, enfatizar que o Estado sofreu com a forte influência que a igreja exercia no ordenamento jurídico pátrio brasileiro de antigamente. O ministro Aurélio trouxe dados acerca da Anencefalia, utilizando-se de dados fornecidos por médicos como o Dr. Heverton Neves Pettersen onde diz que "o encéfalo é formado pelos hemisférios cerebrais, pelo cerebelo e pelo tronco cerebral".

Deste modo, pode-se aferir que o feto anencéfalo é um ser morto, pois não possui atividade cerebral, porém o mesmo possui um sistema cardíaco e respiratório, ambos em funcionamento.

A anencefalia, assim sendo, pode ser compreendida como uma doença fatal, pois não existe a possibilidade do feto desenvolver sua massa encefálica posteriormente.

O Dr. Thomaz Rafael Gollop diz que "anencefalia é uma das anomalias mais frequentes, mais prevalentes no nosso meio. Ela é incompatível com a vida, não há atividade cortical, corresponde à morte cerebral. Ninguém tem nenhuma dúvida acerca disso".

Ademais, o ministro Marco Aurélio afastou os preceitos contidos na Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas estabelecidos nos artigos 6º e 23.

Segundo médicos especialistas, a anencefalia pode ser diagnosticada na 12ª (Décima segunda) semana de gestação, através de uma ultrassonografia, sendo a rede pública capaz de realizar tal exame. Tratando-se de um diagnostico que visa ter certeza.

Neste contexto o Dr. Thomaz Rafael Gollop elucidou dizendo que:

A ultra-sonografia disponível, sim, no Sistema Único de Saúde é 100% segura. Existem dois diagnósticos em Medicina Fetal que são absolutamente indiscutíveis: óbito fetal e anencefalia. Não há nenhuma dúvida para um médico minimamente formado estabelecer esse diagnóstico. (AURÉLIO 2012, *online*)

Por fim, o ministro Aurélio após explanar todos os fundamentos que nortearam seu posicionamento, enfim decidiu pela procedência, tornando legal o aborto no caso de fetos diagnosticados com anencefalia.

1.5.1 *ADPF 54 e a Possibilidade do Aborto de Feto Microcefálico*

Como visto anteriormente, o aborto em caso de feto cujo o diagnóstico seja anencefalia, passou a ser permitido no ordenamento pátrio brasileiro, devido a mesma ser uma doença congênita letal. Assim, a continuidade da gravidez seria desnecessária, pois dar continuidade a essa gestação apenas colocaria em risco a vida da mãe.

Feito um breve relato acerca da ADPF 54, deve-se ter em mente que no caso de feto com microcefalia, podendo ser diagnosticado através do pré-natal, poderá ser aplicado uma analogia a ADPF 54.

A criança que nasce com microcefalia terá sérios problemas de saúde e necessitará de cuidados para o resto da vida, colocando em xeque se a mesma terá condições de ter uma vida digna.

O ministro, do STF, Marco Aurélio entende que existe a possibilidade de gestantes com fetos diagnosticados com microcefalia. Todavia, sua fundamentação é diferente da que o mesmo utilizou no caso de fetos com anencefalia. Ele funda-se no dano causado a gestante, para ele pode ocorrer o prejuízo físico da gestante, bem como a mesma poderia ter sua saúde mental afetada. Assim, o ministro Aurélio parte da premissa que o sofrimento da gestante ao saber que seu bebê terá sérias complicações, além de limitações graves seria o bastante para justificar o aborto.

Logo, pode-se aferir que o aborto do feto portador de microcefalia não tem garantida a mesma guarida que o ordenamento jurídico brasileiro concede aos fetos diagnosticados com anencefalia. As causas e fundamentos que levaram a Suprema Corte brasileira a se posicionar a favor do aborto em casos de anencefalia, é que o feto já nasceria sem vida, pois o mesmo nasceria sem atividade cerebral, apenas colocando em risco a vida da gestante.

Assim, para o ordenamento pátrio brasileiro no caso de microcefalia, o aborto ainda não é permitido devido a resistência por parte da sociedade e pelo fato dos fetos microcefálicos nascerem com vida, sem se importarem se o bebê terá uma qualidade de vida ou não, se o mesmo sofrerá por toda a sua vida, além dos possíveis problemas físicos e psicológicos que as gestantes poderão desenvolver.

2 MICROCEFALIA: UM PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA

O cenário atual brasileiro coloca em dúvida o futuro das crianças que nascem com microcefalia em razão do surto de Zika Vírus no Brasil. O Zika Vírus é transmitido pelo mesmo mosquito transmissor da dengue, o *aedes aegypti*. O Zika Vírus, assim como a febre amarela, é um flavivírus. A gestante, caso seja picada pelo mosquito transmissor e contrair o Zika Vírus pode acarretar um problema para o feto, pois o mesmo pode nascer com microcefalia.

Kalinka Jezari (2016) conceitua microcefalia,

Como uma má-formação congênita em que a criança nasce com o perímetro cefálico menor do que o convencional, que é de 32 centímetros. O cérebro não se desenvolve da maneira esperada, as crianças podem ter toda a sorte de problemas, os mais comuns são de cognição, locomoção e audição (JEZARI 2016, *online*).

A microcefalia, conforme acima descrito, é uma má-formação do cérebro, o qual o mesmo não se desenvolve de maneira natural e ainda além da criança crescer com essa má-formação a mesma terá problemas por toda vida, que podem ser de cognição, locomoção ou mesmo audição, além dos casos que podem afetar a visão.

O vírus Zika é considerado o maior responsável pela disseminação dos casos de microcefalia:

Segundo dados divulgados no final da primeira quinzena de janeiro de 2016 pelo Ministério da Saúde, mais de 3.500 recém-nascidos foram diagnosticados com suspeita de microcefalia, possivelmente relacionada ao vírus zika, transmitido pelo mosquito *Aedes aegypti*, também transmissor da dengue e da chikungunya (JEZARI 2016, *online*).

Deste modo, deve-se ter um cuidado maior com a proliferação dos mosquitos transmissores, pois estes são responsáveis por propagar o Zika Vírus e consequentemente a microcefalia em gestantes que vierem a ser infectadas.

2.1 As Consequências Da Microcefalia

O diagnóstico da referida doença pode ser realizado durante a gestação, através do pré-natal e também pode ser confirmado logo após o parto. Para efeito do presente trabalho o importante é saber que através do exame pré-natal é possível diagnosticar se o feto é portador de microcefalia ou não.

As crianças com microcefalia podem ter graves consequências como: atraso mental, déficit intelectual, paralisia, convulsões, epilepsia, autismo, rigidez dos músculos, cientificamente chamada de espasticidade, dentre outros. (BELTRAME, *online*)

Apesar de não haver tratamento específico para a microcefalia, podem ser tomadas algumas medidas para reduzir os sintomas da doença. Normalmente a criança precisa de fisioterapia por toda a vida para se desenvolver melhor, prevenindo complicações respiratórias e até mesmo úlceras que podem surgir por ficarem muito tempo acamadas ou numa cadeira de rodas.

Todas estas alterações podem acontecer porque o cérebro precisa de espaço para que possa atingir o seu desenvolvimento máximo, mas como o crânio não permite o crescimento do cérebro, suas funções ficam comprometidas, afetando todo o corpo.

A microcefalia pode ser classificada como sendo primária quando os ossos do crânio se fecham durante a gestação, até os sete meses de gravidez, o que ocasiona mais complicações durante a vida, ou secundária, quando os ossos se fecham na fase final da gravidez ou após o nascimento do bebê. (BELTRAME, *online*)

Assim, como dito anteriormente, a microcefalia é uma doença que atrapalha tanto o crescimento mental quanto físico da criança, fazendo com que o mesmo necessite de cuidados especiais para o resto da vida.

Ademais, as crianças que são portadoras de tal doença sofrem não somente pela doença em si, mas sim por conta do preconceito, pela escassez de informação sobre o assunto e pela falta de respeito das pessoas para com as diferenças o outro.

Os problemas enfrentados pelas crianças que portam esta doença também estendem-se para as escolas, pois os mesmos possuem muita dificuldade em conseguir uma educação de qualidade, pois não encontra-se profissionais devidamente capacitados para ensinar-lhes, dentre outros fatores.

A microcefalia não tem cura, porém a mesma possui alguns tratamentos que podem ser adotados afim de que o recém nascido portador de tal doença consiga suportar o difícil problema que lhe foi imposto, pois o mesmo necessitará de auxílio para o resto da vida.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UM FATOR A SER PONDERADO

É fato que o direito a vida é inviolável e não existe possibilidade de violação, sobre esse direito inviolável e destacando a preocupação do Estado garantir esse direito, mesmo de forma uterina, Alexandre de Moraes (2009) esclarece que:

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Assim ávida viável, portanto começa a nidação, quando se inicia a gravidez. (MORAIS 2009, p. 36)

Não somente a Constituição Federal brasileira assegura o direito à vida, mas também alguns acordos internacionais, no momento cita-se a Convenção Internacional dos Direitos Humanos "Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela Lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente" Artigo 4º do Decreto 678/1992.

O Código Civil (CC) brasileiro traz expressamente em seu artigo 2º que "a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

É fato que a Lei assegura o direito a vida e inserida nessa garantia também é necessário analisar o princípio da dignidade humana, que é considerado um dos princípios mais importantes, haja vista que engloba os direitos e garantias fundamentais constantes na Constituição Federal

A dignidade da pessoa humana é garantida tanto para a mãe quanto para o feto, em casos de risco para a mãe é garantido o aborto, Pereira (2004, p. 147) explica que:

A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o nascituro, consiste no reconhecimento de que a este devem ser proporcionados todos meios idôneos e necessários para seu desenvolvimento com todas as suas potencialidades. Não basta, portanto, garantir a vida do feto, deve-se, pois, conceder ao mesmo o direito de sobreviver em condições de plena dignidade.

A citação acima engloba muito bem o tema escolhido, não adianta por si só garantir o direito a vida do nascituro, mas sim que garanta a dignidade plena de vida do mesmo.

O princípio da Dignidade da pessoa humana é condição que exclui ou não admite a submissão do indivíduo a tratamentos degradantes e a situações em que inexistam ou que sejam escassas as condições materiais mínimas para sua subsistência.

No texto Constitucional promulgada no ano de 1988 consta a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro, e ainda assegurou que fosse um dos princípios que regem o direito Penal.

Esse instituto da dignidade da pessoa humana não nasceu na Idade Moderna, e sim tem sua evolução marcada desde o início da história da humanidade. Precisamente com o pensamento Cristão da Idade Média, que era clássico.

Wolfgang Sarlet (2007) quanto a dignidade da pessoa humana na antiguidade, entende que:

No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas (SARLET 2007, p. 30)

Na era Clássica não era reconhecida a dignidade da pessoa humana à todos os seres da comunidade, era somente proporcional ao seu nível social, ou seja, quem tinha maior influência social era digno, já quem tinha o grau social mais baixo, já não possuía. Em outras palavras, pode-se dizer que somente os ricos possuíam o direito à dignidade da pessoa humana, os humildes e pobres já não se faziam no direito.

Renaud (1999, p. 137) afirma que os grandes pensadores, Platão, Cícero e Aristóteles, seguiam a ideia de que o ser humano é um ser superior, se comparado com os demais seres vivos. Distinguindo-os dos demais seres vivos e não vivos. Em virtude dos estudos realizados por esses pensadores a dignidade da pessoa humana é uma característica inerente ao ser vivo, isso que o faz a distinção dos demais seres. E ainda, que deve ser

atribuída a todos igualmente, não havendo distinção por raça, cor e muito menos status social.

Starlet (2007, p. 32) diz que “a liberdade do ser humano de optar de acordo com a sua razão e de agir conforme o seu entendimento e sua opção”, o que foi seguido por o contexto jusnaturalista dos séculos XVII e seguintes, que começou a se conhecer a dignidade da pessoa humana, não sendo taxativo, era possível optar para a liberdade.

Comparato (2001, p. 19), ao que se fala de filosofia estoica, afirma que “os valores morais e a dignidade do homem eram fatores indissociáveis para aquele povo”. Como o homem, como um todo, era filho de Zeus, todos eram detentores dos mesmos direitos e deveres.

De acordo com Kant (1980) esse pensamento esta intimamente ligado com a liberdade, ou seja, o ser racional pode ir e vir, fazer suas escolhas, ser autônomo na tomada de decisões, cuidar do que realmente lhe interessa. Distinguindo-os dos animais. Ele segue dizendo que “age de tal forma que trates a humanidade tanto em sua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro sempre como um fim e jamais simplesmente como um meio” (KANT 1980, p.18).

Oscar Vieira Vilhena (2006, p. 38) ainda impõe que quando existe um tratamento recíproco entre os seres humanos, atribuindo ao outro o valor que dá a si mesmo é porque são merecedores de respeito. Mas em virtude de serem pessoas dotadas de razão, são todas merecedoras de serem tratadas com a mesma dignidade igualitária.

Pode-se dizer que os pensamentos de Kant (1980) são a marca para outros pensados iniciarem seus estudos e firmarem suas opiniões a respeito do assunto, mas é fato concreto que Kant é um marco para o estudo da dignidade da pessoa humana. Pela sua maneira inovadora de pensar, sua forma igualitária em tratar os seres humanos, não com as distinções antes havidas.

Oscar Vieira Vilhena (2006) diz que:

A dignidade assume diferentes dimensões, sempre relacionadas a uma enorme gama de condições

ligadas à própria vida humana, como integridade física e psíquica, moral, condições de liberdade e materiais de bem-estar. Por isso, não constitui um valor intrínseco ao ser humano, mas uma “construção de natureza moral”, em processo permanente de desenvolvimento, sempre relacionada à proteção de condições indispensáveis a uma existência também digna (VILHENA, 2006, p. 36).

Os Estados democráticos de direito tem por valor fundamental a dignidade da pessoa humana, como um alicerce para as suas Constituições. Em virtude do reconhecimento do valor moral.

Kriele (1983, p. 47) afirma que após a Declaração da Organização das Nações Unidas em 1948, que reconheceu como valor jurídico universal, a maioria dos países ocidentais a adotou expressamente em suas constituições.

A Carta Magna de 1988 estabeleceu o princípio da dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, III. Starlet afirma que o legislador instituiu a ele a função de fundamentar toda a ordem constitucional, especialmente no que diz respeito às normas que definem os direitos e garantias fundamentais. (STARLET, 2007, p. 63)

Assim é possível verificar que a dignidade da pessoa humana é o próprio fundamento que dirige o ordenamento jurídico pátrio, tratando-a como alicerce do Estado.

Ainda é passível de análise dizer quanto aos direitos fundamentais explícitos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que implicitamente recai ao princípio da dignidade da pessoa humana, por vedar alguns tipos de pena, tais como a tortura, tratamentos desumanos, degradantes, ao proteger à vida, a integridade física e psíquica que estão intimamente ligados ao centro da Constituição.

Além do que mesmo que a dignidade da pessoa humana não esteja no rol dos direitos e garantias fundamentais, ela é mais importante ainda, pois

esta como um alicerce da CRFB/88, constando mais do que no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, mas sim no artigo primeiro da Carta Magna que é realmente base.

3.1 Direitos do Nascituro

Para melhor entendimento deste capítulo, deve-se explicar qual a definição de nascituro que "é aquele que vai nascer, que foi gerado e não nasceu ainda", ou seja, "é o ser humano já concebido que ainda está por nascer". Devidamente previsto na CRFB/88 e no artigo 2º do Código Civil.

Em conformidade com a legislação vigente no momento em que o embrião fecundado está no ventre materno, tem-se o nascituro, ou seja, que o feto irá nascer.

Fiúza (2002) explica que:

O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo que o próprio legislador denomina "direitos do nascituro", não são direitos subjetivos. São na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador pra proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa, e que , por já existi pode ter resguardados eventuais direitos que virá a adquirir quando nascer. (FIÚZA 2002, p. 114)

O nascituro tem seus direitos resguardados pela legislação, embora ainda não possua personalidade jurídica, e é protegido tanto pela legislação Civil, como no Penal. Na legislação civil encontra-se o direito do nascituro tendo como exemplo, a mãe que representa o nascituro recebendo alimento e tendo direito de herança, já a legislação penal tutela a vida daquele que vai nascer, qual seja o nascituro, por isso é previsto em nosso ordenamento jurídico o aborto como crime.

Tem-se uma questão bastante importante a ser tratada, que é a possibilidade de o nascituro ser portador da dignidade da pessoa humana, aos meus olhos, é perfeitamente aceitável uma vez que embora não seja considerado pessoa humana, e tão pouco seja detentor de personalidade

jurídica, a nossa legislação de forma expressa garante o direito daquele que está no útero materno, e que ainda vai nascer, dentre essas garantias está o da dignidade da pessoa humana, trata-se de uma conclusão lógica, afinal, se a lei lhe assegura o direito a vida que está seja digna.

Quem também defende essa idéia é Pereira (2004, p. 147):

A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o nascituro, consiste no reconhecimento de que a este devem ser proporcionados todos meios idôneos e necessários para seu desenvolvimento com todas as suas potencialidades. Não basta, portanto, garantir a vida do feto, deve-se, pois, conceder ao mesmo o direito de sobreviver em condições de plena dignidade.

Portanto é claro e evidente que o nascituro é, em si, uma pessoa, e como tal, portador de personalidade jurídica desde a concepção, com direitos garantidos desde tal momento, sendo o mais relevante de todos os direitos à vida e a dignidade da pessoa humana, constitucionalmente garantidos.

3.2 Dos Direitos Da Gestante No Brasil

A gravidez, segundo a Bíblia Sagrada, é uma dádiva dada por Deus. Ocorre que no Brasil a gravidez por muitas vezes se dá de maneira indesejada, ou às vezes se espera tanto este presente que cria-se uma série de expectativas quanto ao filho(a) que se espera.

A ADPF 54 autorizou o aborto em casos de fetos anencéfalos, por restar comprovado que tal feto quando chegasse a hora do parto nasceria morto, gerando enormes transtornos para a gestante, problemas tanto psicológicos, quanto físicos.

Neste ponto do trabalho deve-se levantar uma questão acerca dos direitos da gestante. Será que a mesma quer criar um filho que sabe ela terá inúmeras dificuldades pela frente, que sofrerá bastante? Será que a mesma terá condições físicas e psicológicas para educá-lo? Será que a mesma terá

condições financeiras para criá-lo? Pois como restou demonstrado, a criança com microcefalia terá uma vida muito difícil e dolorosa, necessitando de cuidados especiais para o resto da vida.

A CRFB/88 funda-se no princípio da dignidade da pessoa (art. 1º, III), conforme exposto anteriormente. Será que os direitos fundamentais da gestante não estão sendo feridos? A mesma não está tendo escolha de ter uma vida digna, a mesma está sofrendo uma imposição por parte do estado em criar e ver seu filho crescer com dificuldade e sofrendo diariamente, pois é isto que tal doença impõe a criança. A pergunta em questão pode ser estendida, ficando da seguinte forma: será que os direitos do bebê não estão sendo feridos? Anteriormente, fora explanado sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, demonstrando desde seu surgimento até sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Ocorre que tal princípio assegura uma existência digna do indivíduo, como uma criança com microcefalia poderá ter uma vida digna? Ela sempre dependerá de cuidados específicos.

Logo, pode-se aferir que assim como na ADPF 54, as autoridades competentes devem olhar para essa questão, pois não se trata apenas do direito do nascituro, entende-se que os direitos estão interligados.

3.3.1 Realidade Social Enfrentada Por Muitas Gestantes

Segundo o Ministério da Saúde, cerca de 20% (Vinte por cento) das crianças que nascem no Brasil, são de gestantes adolescentes. Ocorre que, cada vez mais cedo os adolescentes adquirem uma vida sexual ativa e sem muitas informações contra doenças sexualmente transmissíveis e meios contraceptivos, acarretando um número muito elevado de gestantes ainda na fase da adolescência. (SANTOS; MARLI 2014, *online*)

Muitas destas adolescentes, que encontram-se em estado de gravidez, possuíam sonhos de se formar e, provavelmente, se estabilizar financeiramente para então pensar em engravidar. Mais devido ao cenário vivido pelo Brasil seus sonhos acabam sendo ceifados por inteiro ou apenas adiado, pois algumas poucas mesmo após terem filhos conseguem seguir sua vida normalmente, estudando e logrando êxito em algum curso superior, vindo então a proporcionar uma vida melhor para seus filhos.

A realidade encontrada em favelas e periferias brasileiras são bem difíceis, as mulheres que engravidam e não possuem condições financeiras estão mais propícias a cometer o aborto, devido a pouca instrução, a baixa renda e o medo. O fator financeiro é o preponderante dentre as mulheres que abortam, hoje, no Brasil, este tipo de aborto é chamado de aborto social.

Segundo Priscila Doneda (2016, *online*), a Pesquisa Nacional sobre o Aborto (PNA) constatou que:

Uma em cada cinco brasileiras com até 40 anos já interrompeu uma gravidez e estima-se que, a cada ano, 1 milhão de abortos são feitos no Brasil. De acordo com o estudo, o procedimento é realizado, normalmente, no auge do período reprodutivo feminino (isto é, entre 18 e 29 anos) e é mais comum entre mulheres de menor escolaridade. (DONEDA 2016, *online*)

De acordo com dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de uma pesquisa realizada com mulheres na faixa etária entre 18 (Dezoito) e 49 (Quarenta e nove) anos. A pesquisa revelou que 8,7 (Oito vírgula sete) milhões de mulheres brasileiras já abortaram ao menos 1 (Uma) vez na vida e dentre esse número 1,1 (Um vírgula um) milhão destes abortos foram provocados. (AGUIAR 2015, *online*)

O dado fornecido pelo IBGE é alarmante, além da quantidade de mulheres que afirmaram já ter sofrido algum tipo de aborto e o número de abortos provocados, a pesquisa constatou ainda que o aborto possui cor e renda. De acordo com a pesquisa, na região Nordeste o percentual de gestantes sem qualquer instrução que tiveram aborto provocado foi de 37% (Trinta e sete por cento) do total de aborto conta apenas 5% (Cinco por cento) de gestantes com curso superior, é uma disparidade enorme. A pesquisa analisou ainda, o aborto provocado, conforme a cor da gestante e chegou-se aos seguintes dados: 3,5% (Três vírgula cinco por cento) das

mulheres que abortaram são de cor negra, enquanto apenas 1,7% (Um vírgula sete por cento) de cor branca.

No Brasil, muitas gestantes acabam tendo que seguir com sua gravidez até a concepção do bebê, pois a legislação vigente só permite o aborto em 3 (Três) hipóteses, que já foram comentadas anteriormente. Na triste realidade vivida pelo Brasil, ou melhor pelas mulheres brasileiras, ano após ano uma quantidade exorbitante de mulheres acabam concebendo seus filhos sem estar de fato feliz por fatores variados como: gravidez indesejada dentre outras. Isto pode acarretar desde problemas físicos e até psicológicos.

CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico abordou um tema bastante delicado como pôde-se observar, mais que merece uma guarida especial quanto sua aplicabilidade no ordenamento pátrio brasileiro.

Fora abordado os aspectos gerais, acerca do aborto, no ordenamento pátrio brasileiro, além de expor os precedentes históricos ao longo do tempo quanto ao referido tema. Ademais, explanou-se ainda sobre a forma em que o tema evoluiu dentro do ordenamento jurídico.

O tema aborto sempre gerou uma série de discussão não somente pela sociedade, políticos e também entre religiões. Cada uma a sua maneira posiciona-se acerca do aborto. Abordou o posicionamento autoritário e irrestrito da igreja católica face ao aborto, ela é contra tal prática veementemente, pois para eles, assim como para a igreja evangélica a vida é dom, uma dádiva divina e deve ser tratada como tal, não podendo nenhuma pessoa ceifar a vida de outra.

Como dito anteriormente, cada religião trata a questão do aborto conforme seus dogmas e crenças. Segundo a religião islâmica, a gestante pode cometer aborto caso seja para salvar sua vida e, possui ainda o entendimento que o feto só passa ter vida quando adquire alma e segundo suas crenças o mesmo só recebe alma após 120 (Cento e vinte) dias.

Dentre todas as religiões pesquisadas, pôde-se constatar que a religião judaica possui um entendimento totalmente diferente das demais. Segundo ela, o aborto não diz respeito a ninguém a não ser a gestante que terá consequências físicas da sua escolha e das famílias envolvidas. Ela é veementemente contra o legislativo querer intervir nesse assunto, pois entende que os mesmos não tem esse direito.

Abordou-se ainda, os meios utilizados pelas gestantes para praticar o aborto, além das diversas modalidades do mesmo.

O trabalho pretende discutir acerca da possibilidade da gestante optar ou não pelo aborto no caso de feto microcefálico. Para tanto, fez-se um estudo acerca do surgimento da microcefalia, bem como um paralelo com o Zika Vírus e seu transmissor.

Por fim, o tópico onde trata da dignidade da pessoa humana, nele suscita-se se o feto tem o direito de ter sua dignidade preservada, mesmo em se tratando de feto com microcefalia. Porém, o questionamento que se faz é: Será que o feto terá uma vida digna, sendo que o mesmo viverá sempre necessitando de cuidados especiais? Difícil responder a tal pergunta, mais no transcorrer do trabalho conseguiu-se explanar bem o referido conteúdo.

E quanto à mãe, a mesma não tem o direito de escolher se deseja cuidar de uma criança com microcefalia? Deve-se salientar que a criança sempre necessitará de cuidados especiais e acompanhamentos. Assim, a mãe não teria sua dignidade ferida, pois estaria ela atrelada a uma criança que ela não desejava, por já saber sobre sua condição de saúde.

Deste modo, conclui-se o presente trabalho aduzindo não sob a ótica religiosa, porém a mesma deve sempre ser respeitada, mais sim fazendo uma análise social e jurídica do assunto em examine. No caso de feto com microcefalia deve-se aplicar por analogia o mesmo entendimento que fora aplicado na ADPF 54, pois dessa forma não iria ferir a dignidade nem da gestante, tão pouco do feto portador de microcefalia.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ione. **Veja onde se faz mais aborto no Brasil, de acordo com o IBGE.** Fonte: http://www.huffpostbrasil.com/2015/08/21/veja-onde-se-faz-mais-aborto-no-brasil-de-acordo-com-o-ibge_a_21694557/. Acesso em 04 de maio de 2018, às 17h06min.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **Aborto de fetos anencéfalos.** In Ethic@.Revista Internacional de Filosofia da Moral. Florianópolis, v. 8, n. 1, p. 19/30, jun 2009.

AURÉLIO, Marco. **Voto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54.** Fonte: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2018, às 14h26min.

BELTRAME, Beatriz. **Entenda o que é Microcefalia e quais são as consequências para o bebê.** Fonte: <https://www.tuasaude.com/microcefalia/>. Acesso em 28 de abril de 2018, às 17h57min.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial.** São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Contém as emendas constitucionais posteriores. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Código Criminal do Império.** Lei de 16 de dezembro de 1830. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em 28 de abril de 2018, às 13h44min.

BRASIL. **Código Penal.** Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 28 de abril de 2018, às 13h26min.

BRASIL. **Código Penal da República.** Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Fonte: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em 28 de abril de 2018, às 13h54min.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1.^a ed., 1999.

DIREITONET. **Nascituro**. Fonte: <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/797/Nascituro>. Acesso em 04 de maio de 2018, às 15h26min.

DINIZ, Maria Helena. **Estado atual do biodireito**. São Paulo: saraiva, 2008.

FALCÃO, João Henrique Santana. **Aborto – Histórico e Modalidades**. Fonte: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=885&idAreaSel=4&seeArt=yes>. Acesso em 23 de maio de 2017, às 12h34min.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 6.ed. Editora: Guanabara Koogan, 2001.

HUNGRIA, Nelson. **Precedentes históricos, comentários**. São Paulo: Forense, 1981.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

JAKOBI, Roland Benz. **Aborto espontâneo prematuro**. Fonte: . Acesso em 11 abril de 2018, às 11h43min.

JEZARI, Kalinka. **Porque é urgente legalizar o aborto?**. Fonte: https://csalignac.jusbrasil.com.br/artigos/310991250/porque-e-urgente-legalizar-o-aborto?ref=topic_feed. Acesso em 28 de abril de 2018, às 14h23min.

KÖBES, Elisabete Kaiser. **Pílula do dia seguinte e o aborto: contribuições para a análise**. Monografia de Graduação em

Farmácia, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2003.

KRIELE, Martin. **Libertação e Iluminismo político: uma defesa da dignidade do homem**. São Paulo: Editora Loyola, 1983.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Obra dos alimentos: do nascituro e os alimentos no estatuto da criança e do adolescente**. Viçosa, UFV, 2004.

SANTOS, Alais. MARLI, Guita. **Gravidez na Adolescência, um problema social**. Fonte: <http://averdade.org.br/2014/10/gravidez-na-adolescencia-um-problema-social/>. Acesso em 04 de maio de 2018, às 16h25min.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Imprensa: Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2007.

SEABRA, Jamile. **Aborto**. Fonte: <http://www.portalsaofrancisco.com.br/biologia/aborto>. Acesso em 20 de maio de 2018, às 13h41min.

SILVA, Fernando Duarte Leopoldo e. **Fundamentos Médicos e Jurídicos do Atendimento ao Aborto**. Fonte: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1201. Acesso em 27 de abril de 2018, às 21h48min.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte especial**. São Paulo: Atlas, 2006.

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto: um direito ou um crime?** São Paulo: Moderna,

NOTAS:

[1] Wellington Miranda. Professor do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

ASPECTOS JURÍDICOS DO TERMO DE PARCERIA FIRMADO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO

JOSÉ LUPÉRCIO RAMOS DE OLIVEIRA JÚNIOR:

Advogado, Pós-Graduado em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Escola Superior da Advocacia do Amazonas - OAB/AM, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

RESUMO: Com o presente trabalho pretende-se demonstrar as principais características das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e dos Termos de Parceria firmados com a Administração Pública. O agravamento da crise estatal no tocante à ineficiência dos serviços públicos culminou na busca de diferentes alternativas de administração. Neste sentido, a CF/88 não fixou apenas aos Poderes Públicos a missão de perseguir o desenvolvimento e a justiça social. Assim, surgiu a lei 9.790/99, instituindo as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que consiste numa qualificação outorgada às pessoas jurídicas de direito privado que preencherem determinados requisitos elencados na lei. Sustenta-se que a lei 9.790/99 criou um novo modelo de prestação de serviços públicos, a ser viabilizado por meio da celebração do um Termo de Parceria, que consiste num acordo administrativo firmado com o Poder Público. A pesquisa tem o objetivo de analisar tal modelo de prestação de serviços de interesse público diante das dúvidas ainda persistentes, como se verá a partir das divergências jurisprudenciais. A finalidade é estimular o debate e o conhecimento do modelo, enfatizando a importância da participação popular neste novo momento da Administração Pública.

Palavras-chave: Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; Termo de Parceria; Serviços de Interesse Público.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Dos objetivos da Lei 9.790/99: 2.1 O Termo de Parceria; 2.2 Da necessidade de Licitação no trato com Recursos Públicos; 2.3 Controle e Fiscalização do Termo de Parceria. – 3. Considerações Finais. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (9.790/99) é considerada um marco na relação entre as entidades do Terceiro Setor e o Poder Público. Essa legislação objetiva atribuir, de certa maneira, caráter público às entidades privadas através de uma qualificação visando o oferecimento de um mecanismo mais simples para se obter aporte financeiro público, o chamado Termo de Parceria.

Antes da nova Lei, o setor não lucrativo com fins públicos não encontrava amparo adequado no arcabouço jurídico existente, tendo suas relações com o Estado ora pautado pela lógica do setor estatal, ora pela lógica do setor privado.

Nesse sentido, a Lei das OSCIPS pode ser considerada o início do processo de atualização da legislação brasileira que passou a reconhecer a importância e as especificidades da esfera pública não estatal. Tal processo de modernização resultou posteriormente na Lei 13.019/14, o chamado Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, que alterou alguns dos artigos da Lei 9.790/99.

O Termo de Parceria é caracterizado pela doutrina dominante como modelo de prestação de serviços públicos consistente num acordo administrativo colaborativo, firmado entre o Poder Público e a OSCIP. Este instrumento possibilita a escolha do parceiro mais adequado do ponto de vista técnico e mais desejável dos pontos de vista social e econômico, além de favorecer a publicidade e a transparência.

Em geral, o poder público sente-se muito à vontade para se relacionar com esse tipo de instituição, porque divide com a sociedade civil o encargo de fiscalizar o fluxo de recursos públicos em parcerias. As OSCIPS são entidades privadas vocacionadas para serem colaboradoras do Estado na implementação de políticas públicas e na prestação de serviços sociais à população.

1. DOS OBJETIVOS DA LEI 9.790/99

A Lei 9.790/99 nasceu com o objetivo de trazer critérios legais e objetivos para definir quais entidades efetivamente possuem caráter público, e ainda oferecer a tais entidades a possibilidade de apoio estatal através de um mecanismo despido dos procedimentos burocráticos.

A Lei das OSCIPS buscou criar uma qualificação para as organizações do Terceiro Setor por meio de critérios simples e transparentes. Essa nova qualificação separa as entidades da sociedade civil que realmente são de interesse público das que não o são.

A norma também procura incentivar a parceria entre as referidas entidades e o Estado, através do chamado Termo de Parceria, promovendo o fomento para que a organização cumpra seus objetivos sociais.

Por tudo isso, as OSCIPS são, ao menos sob o aspecto de seu estatuto jurídico, vigorosos instrumentos para a consecução dos interesses públicos no Estado Social e Democrático de Direito.

2.1.O Termo de Parceria

O Termo de Parceria é a forma de fomento estatal através de um acordo firmado entre a Administração Pública e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. É o vínculo de cooperação entre as partes para a execução das atividades de interesse público.

A própria Lei 9.790/99 traz uma conceituação do Termo de Parceria em seu art. 9º, a saber:

Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

O teórico Luís Eduardo Regules (2006, p. 163) ainda caracteriza este instrumento como: “[...] a forma de fomento pela qual o Poder Público destina às organizações privadas qualificadas como OSCIPs recursos e bens públicos a fim de promover as iniciativas privadas de interesse público”.

O Ministro do TCU Marco Antônio Vilaça apresentou o seguinte comentário acerca do Termo de Parceria:

É uma das grandes inovações da lei. Permitirá a formação de parcerias entre o poder público, em suas várias esferas, e as entidades integrantes do Terceiro Setor, tendo como essência os princípios da transparência, da competição, da cooperação e da parceria propriamente dita. [...]

Em outras palavras, o Termo de Parceria é uma alternativa ao Convênio para a realização de projetos ou atividades de interesse comum entre as entidades qualificadas como OSCIP e a administração pública; porém, sem a necessidade do extenso rol de documentos exigidos na celebração de um convênio.

Quanto à sua natureza jurídica, o Termo de Parceria é um acordo administrativo bilateral, já que há um evidente equilíbrio entre as partes, na medida em que a sua celebração decorre da ingerência moderada do Poder Público no que tange à vontade da organização privada.

Já em relação à escolha da OSCIP que firmará o Termo de Parceria, eis que surge a primeira divergência teórica sobre o modelo, pois a redação original do Decreto Federal 3.100/99 assim previa:

Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria.

O termo “poderá” disposto na norma foi duramente atacado pela doutrina, já que simplesmente colocava no campo da discricionariedade do administrador a escolha da Instituição a celebrar o Termo de Parceria e receber recursos públicos. Neste sentido, a teoria de Raquel Urbano de Carvalho (2008, p. 921) assim manifestava no período:

Entende-se inadmissível escolha livre, pelo Poder Público, de um só interessado, na hipótese de haver multiplicidade de entidades já qualificadas como OSCIP que atendem os requisitos normativos e que desejam firmar vínculo com o Estado. Com efeito, não observa-se o disposto na Lei 8.666/93 admitir que a União, por meio do Ministério da Justiça, escolha livremente a entidade com quem firmará termo de parceria, se mais de uma OSCIP afigura-se interessada em firmar o vínculo com o Poder Público.

A mesma autora ainda defendia a inconstitucionalidade da referida norma, já que por ter características de contrato administrativo, deveria obedecer aos artigos 22, XXVII, e 37, XXI da Constituição da República.

O Ministro do TCU Ubiratan Aguiar Walton Alencar Rodrigues, seguia o mesmo entendimento, a saber:

O compromisso assumido por meio do Termo de Parceria implica alocar recursos públicos a uma entidade privada para a consecução de uma atividade de interesse público. Logo, desatende os princípios constitucionais da impessoalidade e da publicidade permitir a escolha de entidade privada, que realizará gastos os mais diversos com recursos públicos, sem que se observe o princípio da licitação, nos termos do que estabelece o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. Ademais, a seleção mediante procedimento licitatório evita privilégios e assegura, ao menos em tese, igual direito a todas as OSCIPs e a seleção

daquela que melhores condições terá de executar o objeto almejado pelo Estado.

Assim, utilizar procedimento licitatório para a seleção de OSCIP significa, a meu ver, a busca pela entidade que reúne melhores condições de alocar recursos públicos com critérios de eficiência, haja vista que o modelo contempla o alcance de resultados e avaliação de desempenho como a mola propulsora do sucesso esperado.

Ocorre que diante da norma então em vigente, o próprio Tribunal de Contas da União chegou a admitir legalidade da faculdade na escolha da OSCIP, como se observa no acórdão n. 1.777/05, relatado pelo Ministro Marcos Vilaça prolatado em sessão do Pleno do Tribunal de Contas de União realizada em 09.11.05:

Em consequência, a conclusão que se chega é que é inaplicável a licitação para a escolha da entidade parceira. Por fim, cabe assinalar a existência de previsão no Decreto n. 3.100/99, de escolha de OSCIP por meio da publicação de edital de concurso de projetos. A previsão é uma faculdade conferida à Administração e não infirma a conclusão acerca da inaplicabilidade da Lei 8.666/99 para a escolha da OSCIP para a celebração de Termo de Parceria.

Após anos de críticas e decisões divergentes entre as Cortes de Contas Estaduais, o Decreto n. 7.568/11 alterou a redação do referido artigo, tornando obrigatório o concurso de projetos para a escolha da OSCIP a firmar o Termo de Parceria a partir de então, a saber:

Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a

realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria.

Assim, a nova redação do artigo tornou obrigatório o concurso de projetos pela Administração Pública, retirando assim do campo de discricionariedade do administrador, encerrando assim a celeuma sobre o assunto. O edital do concurso deverá ter informações como prazos, condições, prestações, contraprestações, etc.

Cumpra-se destacar que a nova redação do Decreto também apresentou hipóteses de exceção ao concurso de projetos, como nos casos de emergência ou calamidade pública, para a realização de programas de proteção a pessoas ameaçadas, ou nos casos em que o projeto, atividade ou serviço objeto do Termo de Parceria já seja realizado adequadamente com a mesma entidade há pelo menos cinco anos com prestações de contas devidamente aprovadas.

Tal como a Lei de Contratos Administrativos, a Lei 9.790/99 apresenta ainda um rol de cláusulas essenciais do Termo de Parceria, ou seja, que obrigatoriamente devem constar no instrumento. Entre as destacadas se encontram a do objeto, da estipulação das metas e dos resultados com os respectivos prazos de execução, os critérios de avaliação de desempenho, previsão das receitas e despesas, das obrigações de prestação de contas, bem como da publicação na imprensa oficial do extrato de execução física e financeira do Termo de Parceria.

Já em relação à execução do Termo de Parceria, as duas partes devem atentar para cumprir todas as cláusulas constantes no Projeto. A entidade deve executar o programa de trabalho dentro dos prazos estabelecidos no respectivo instrumento, e o órgão estatal deve orientar, supervisionar, e liberar os recursos que constam no cronograma de desembolso do Projeto.

No caso de que no acordo envolva o repasse dos recursos em várias parcelas, a liberação de cada uma poderá ser condicionada a uma comprovação parcial do cumprimento de metas no período imediatamente anterior.

Tal como os contratos administrativos, os Termos de Parceria podem ser prorrogados por comum acordo entre a Administração Pública e

a OSCIP. Havendo necessidade de uma nova dotação orçamentária, poderá ser celebrado um Termo Aditivo, cuja celebração deve ser realizada preferencialmente por indicação da Comissão de Avaliação.

2.2.Da Necessidade de Licitação no trato com Recursos Públicos

Embora o princípio licitatório não esteja expresso na legislação referente às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, trata-se de um princípio de caráter constitucional que os entes privados que atuem com recursos públicos devem observar. Ainda que por intermédio de pessoa jurídica de direito privado, a contratação com recursos públicos deve sempre buscar a proposta mais vantajosa e assegurar a participação isonômica dos interessados.

O artigo 14 da Lei 9.790/99 impõe à OSCIP a adoção de um regulamento de contratação de obras e serviços, nos seguintes termos:

Art. 14. A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei.

Acertadamente o legislador optou pela criação de um “regulamento licitatório” com atendimento aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência. A adoção dos referidos princípios torna mais seguro o emprego dos recursos públicos por entidades privadas, assegurando assim, o atendimento do interesse público.

As especificidades formalísticas da Lei 8.666/93 tornariam as atividades das OSCIPS tão lentas quanto às estatais. As exigências estabelecidas pelo referido diploma são incompatíveis com a celeridade, informalidade e a própria estruturação do Terceiro Setor, o que inviabilizaria a parceria em questão.

O Ministro Marcos Vilaça, do Tribunal de Contas da União, relator do Acórdão 1.777/05, diz o seguinte em relação à regra do artigo 14 da Lei 9.790/99:

[...] é compatível com o objetivo de conferir maior grau de liberdade às entidades privadas que celebrarem Termo de Parceria com o Poder Público. Não haveria sentido, portanto, exigir das entidades a estrita observância de todos os dispositivos da Lei de Licitações e Contratos. A obediência aos princípios gerais da Administração Pública é o que basta.

Os regulamentos que a Lei das OSCIPS impõe, podem prever mecanismos simplificados e mais céleres de seleção, onde serão editadas normas objetivas que tenham por meta dar cumprimento aos princípios supracitados. Ao passo em que não se exige vinculação à Lei das Licitações, abre-se espaço para inovações, visando assegurar a celeridade e dinamicidade próprias do Terceiro Setor, sempre em busca da proposta mais vantajosa.

Destaca-se que se os regulamentos próprios podem contemplar as hipóteses de afastamento do procedimento licitatório, autorizando a chamada "compra direta", seja em virtude de inviabilidade de competição, ou por outros critérios de dispensa, o que poderá ser feito por analogia aos casos elencados na Lei 8.666/93.

2.3. Controle e Fiscalização do Termo de Parceria

As OSCIPS se submetem a mecanismos de controle que extrapolam as técnicas tradicionais de fiscalização das iniciativas particulares de interesse social.

No tocante à atividade de fomento, convém realizar a seguinte divisão em controle interno e controle externo quanto ao órgão estatal incumbido de referida missão.

Com efeito, o controle interno decorre da produção de provimentos consultivos e decisórios no âmbito da própria Administração Pública. A verificação do preenchimento dos requisitos para a qualificação, por exemplo, trata-se da primeira forma de controle interno realizado pela Administração Pública.

Ainda sobre o controle interno, observe-se que o Termo de Parceria se sujeita às seguintes formas de fiscalização: no tocante à celebração do instrumento de cooperação haverá prévia consulta aos Conselhos de Políticas Públicas, enquanto a execução do Termo de Parceria terá a fiscalização e o acompanhamento analisados por comissão de avaliação, composta por membros indicados pelos partícipes, sendo o relatório encaminhado à autoridade competente.

Não há dúvida que a malversão de recursos públicos, assim como o descumprimento de obrigações impostas às OSCIPS, devem resultar na perda da respectiva qualificação, o que pode ocorrer em razão de provocação do Ministério Público, por iniciativa popular, ou pela própria Administração Pública. Ficam assegurados os princípios do contraditório e ampla defesa, exigidos em qualquer processo administrativo, onde será dada ciência à entidade do que está sendo acusada, com a oportunidade de apresentar defesa escrita e provas que entender favoráveis.

Ademais, a Lei 9.790/99 traz ainda a necessidade de que a execução do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existente em cada nível de governo. Os referidos Conselhos são compostos por membros do Poder Público e da sociedade, e integram o sistema de participação popular na condução dos negócios públicos.

Destaca-se que compete ao Conselho emitir opinião acerca do Termo de Parceria antes de sua celebração. O referido parecer emitido por estes órgãos colegiados tem a função de propiciar o controle da atividade pelo próprio órgão do Poder Público.

Luís Eduardo Patrones Regules (2006, p. 176) defende o referido método de controle da seguinte forma:

A fiscalização exercida pelos indigitados órgãos colegiados visa não apenas cuidar da regular aplicação dos recursos e bens públicos, mas assegurar a implementação de direitos constitucionais em favor dos administrados mediante a prestação dos serviços sociais, nos moldes dos princípios, diretrizes e objetivos traçados pelo sistema normativo.

Ainda em relação ao controle interno, a prestação de contas do Termo de Parceria pela OSCIP é a comprovação ante o órgão estatal, da execução do programa de trabalho pactuado, além da correta aplicação dos recursos públicos destinados à entidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 630) justifica a prestação de contas da seguinte maneira:

[...] a verba que o Poder Público repassa à entidade privada não tem a natureza de preço ou remuneração, razão pela qual não passa a integrar o patrimônio da entidade, para que ela a utilize a seu bel-prazer, mas, ao contrário, mantém a natureza de dinheiro público; em decorrência disso, a entidade está obrigada a prestar contas de maneira a demonstrar que os recursos foram utilizados para os fins estabelecidos no acordo, sob pena de ilegalidade.

Esta prestação de contas será instruída dos seguintes documentos: relatório anual de execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo entre as metas propostas e os resultados alcançados; demonstrativo integral da receita e da despesa efetivamente realizadas na execução; extrato da execução física e financeira; demonstração de resultados do exercício; balanço patrimonial; demonstração das origens e

das aplicações de recursos; demonstração das mutações do patrimônio social; e parecer e relatório de auditoria.

Já em relação ao controle externo, sendo o Termo de Parceria o instrumento que dá às OSCIPS acesso a recursos públicos, natural que estes sejam devidamente fiscalizados pelos Tribunais de Contas do respectivo ente financiador do Projeto.

Tratando-se do supracitado controle externo, o artigo 4º, VII, d, da Lei 9.790/99, diz que a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pela OSCIP será feita conforme o parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Diante disso, surgiram diversas indagações sobre qual a forma e os limites de atuação dos Tribunais de Contas no julgamento das contas dos Termos de Parceria. Destaca-se que as Cortes de Contas do país ainda são divergentes sobre como deve ser realizada este tipo de fiscalização.

A decisão 931/99 do TCU firmou entendimento de que as OSCIPS prestariam contas anualmente e diretamente ao Poder Público, ou seja, o órgão repassador dos recursos, sob o fundamento de que sendo essas entidades não estatais, descaberia a prestação de contas sistemática ao

TCU, conforme alguns trechos da decisão relatada pelo Ministro Marcos Vilaça:

Novamente é reforçado o dever de prestar contas, definindo-se a forma e a frequência com que deverá ser cumprido. Note-se que, à semelhança do que ocorre nos convênios (IN/STN nº 01/97), a prestação de contas ao Poder Público é feita diretamente ao órgão repassador dos recursos (o parceiro estatal), com o fito de comprovar a correta aplicação dos recursos e o adimplemento do objeto.

Nos termos do arts. 4º, inciso VII, alínea d, 10, § 2º, inciso V, da Lei 9.790/99, c/c art. 12 do Decreto 3.100/99, a prestação de contas relativa ao Termo de Parceria deverá ser feita diretamente ao órgão parceiro estatal, à semelhança do que ocorre com os convênios.

Considerando que as OSCIPs são entidades não-estatais (característica intrínseca do Terceiro Setor), descabe a prestação de contas sistemática ao TCU, por parte dessas instituições, mesmo em relação aos recursos vinculados a Termos de Parceria. A Lei nº 8.443/92 e respectivas normas inferiores igualmente não prevêm que particulares prestem contas direta e regularmente a este Tribunal pelos recursos públicos que venham a receber mediante vínculo formal com a Administração Pública (art. 6º da Lei nº 8.443/92 e art. 1º da IN/TCU nº 12/96).

Por outro lado, ao analisar, para fins de julgamento, as contas anuais dos responsáveis, no âmbito estatal, pela celebração de Termos de Parceria, este Tribunal terá a oportunidade de avaliar a celebração e execução desses instrumentos, nos termos do art. 71 da Constituição Federal, c/c arts. 1º,

6º, 7º, 8º e 9º, da Lei nº 8.443, de 16/07/92. Para tanto, torna-se necessário que tanto o Relatório de Auditoria do Controle Interno quanto o Relatório de Gestão noticiem eventuais falhas/irregularidades ocorridas na execução dos Termos de Parceria, bem assim as respectivas providências saneadoras adotadas. Destarte, torna-se necessário que a Instrução Normativa/TCU nº 12, de 24/04/96, seja alterada, de modo a contemplar especificamente essas informações.

Sendo assim, a fiscalização pelo Tribunal de Contas seria feita de forma indireta, já que o Termo de Parceria seria analisado apenas em vista do órgão público, a partir de suas prestações de contas anuais.

Na mesma decisão, foi ressaltado ainda, que havendo indícios de irregularidades, deverá instaurar-se a chamada Tomada de Contas Especial, nos termos da Lei 8.443/92, onde aí sim ocorrerá a fiscalização direta sobre o Termo de Parceria em relação à OSCIP, a saber:

A IN/TCU nº 13, de 04/12/96 (dispõe sobre as tomadas de contas especiais), em seu artigo 2º, que define as circunstâncias ensejadoras da tomada de contas especial, deixa de mencionar a expressão 'repassados a Estado, ao Distrito Federal ou a Município', ao referir-se à omissão no dever de prestar contas. Por conseguinte, abre o leque da TCE aos particulares responsáveis por convênios, acordos, ajustes ou instrumentos similares (Termo de Parceria) que deixem de prestar contas.

Analisando a questão sob outro prisma, pode-se considerar que a percepção de recursos públicos sem a comprovação de sua boa e regular aplicação nas finalidades pactuadas, ou seja, sem o cumprimento do dever legal de prestar contas (in casu: arts. 4º, inciso VII, alínea d, 10, § 2º, inciso V, da Lei 9.790/99, c/c art.

12 do Decreto 3.100/99), presume dano ao Erário, ensejando, assim, a tomada de contas especial do responsável.

[...]

compreende-se livre de dúvidas o alcance da tomada de contas especial sobre os agentes responsáveis pelos Termos de Parceria, no âmbito das OSCIPs, logicamente, nos casos previstos no art. 8º da Lei Orgânica desta Casa, inclusive diante da omissão no dever de prestar contas dos recursos recebidos via Termo de Parceria

Vale destacar que a decisão 931/99 não proibiu a fiscalização de contas direta do Termo de Parceria, pelo contrário, previu este tipo de controle, e assim o TCU pode realizar fiscalizações diretas por meio de Tomadas de Contas, inspeções, auditorias e demais processos de fiscalização.

Como se vê diversas são as questões polêmicas envolvendo a atuação dos Tribunais de Contas em relação aos Termos de Parcerias celebrados pelas OSCIPs, pois diante do aparelho estatal falido, a participação desse tipo de organização na consecução dos objetivos públicos tem tomado um inesperado protagonismo.

1. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo isso, a colaboração das Organizações da Sociedade Civil com o Poder Público não há de ser considerada como forma de atuação substitutiva. Ao contrário, a ordem social confere respaldo às atividades particulares em caráter suplementar, sem abrandar o alcance do princípio da subsidiariedade como fator de regulação para a fiel consecução do interesse público.

Ocorre que na prática o que se vê é o desvirtuamento das OSCIPs, tendo em vista que os Termos de Parceria com elas firmados nem sempre

observam os seus fins institucionais, que são atividades privadas de interesse público, dentre as previstas no art. 3º da Lei 9.790 ou na respectiva legislação estadual ou municipal.

A participação do Poder Público deve se enquadrar na atividade de fomento, onde o objetivo é o de incentivar tais entidades pelo fato de prestarem atividade de interesse público. Elas não se prestam à delegação de serviços públicos nem podem ser contratadas pela Administração Pública para prestação de serviços ou obras (empreitada) ou para fornecimento de mão-de-obra, porque isso contraria os objetivos institucionais da entidade. Elas devem atuar paralelamente ao Estado em seu próprio âmbito de atividade, com a ajuda do Estado, e não substituir-se à Administração Pública.

No que tange ao controle das OSCIPS, viu-se que estas se submetem a mecanismos que extrapolam as técnicas tradicionais de fiscalização das iniciativas particulares de interesse social, tendo em vista que a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público tem acesso a recursos públicos, natural que estes sejam fiscalizados e bem geridos.

Assim, tal modelo abriu as portas para novas formas de prestação de serviços públicos através da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público por meio do Termo de Parceria, com a finalidade de trazer a participação privada para a consecução dos interesses públicos.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto 3.100, de 30 de junho de 1999**. Regulamenta a Lei 9.790/1999. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 01 jul. 1999.

BRASIL. **Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999**. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 de mar. 1999.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 1ª ed. Salvador: Podivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MÂNICA, Fernando Borges. Panorama Histórico Legislativo do Terceiro Setor no Brasil: Do Conceito de Terceiro Setor à Lei das OSCIP. In, OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras Entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 163-194.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Os Tribunais de Contas e o Terceiro Setor: Aspectos Polêmicos do Controle. In, OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras Entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Regime Jurídico das OSCIPs**. 1ª ed. São Paulo: Método, 2006.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitação e Terceiro Setor. In, OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras Entre o Público e o Privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 163-194.

A PSICOGRAFIA COMO MEIO DE PROVA NO TRIBUNAL DO JÚRI

MARIA FERNANDA VIANEZ DE CASTRO E CAVALCANTI: Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM/2017). Pós-graduanda em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

Resumo: O presente trabalho científico tem como finalidade fazer uma análise acerca da possibilidade do uso das cartas psicografadas como meio probatório nos procedimentos do Tribunal do Júri, avaliando o possível choque entre os princípios da plenitude de defesa, do *in dubio pro reo* e da soberania dos veredictos em contraposição à laicidade estatal e à liberdade de crença. Após um estudo sistemático do ordenamento jurídico, bem como a sua análise conjuntamente com outros ramos científicos, será adotada a resposta que mais se coaduna com o direito pátrio.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Laicidade estatal. Provas psicografadas. Plenitude de defesa. Liberdade de crença. Direito e religião.

Abstract: The present scientific work aims to analyze the possibility of using psychographed letters as a probative means in the proceedings of the Jury Court, evaluating the possible clash between the principles of fullness of defense, the presumption of innocence and the sovereignty of the verdicts in contraposition to freedom of belief and the fact that Brazil doesn't have an official religion. After a systematic study of the legal order, as well as an analysis of other scientific branches in accordance with the legal system, the solution adopted will be the one that makes more sense when compared to the country's law.

Keywords: Jury Court. State without an official religion. Psycrographed evidence. Fullness of defense. Freedom od belief. Religion and law.

Sumário: Introdução. 1. O instituto da psicografia na doutrina espírita. 2. Da laicidade do Estado brasileiro e da liberdade de crença. 3. Os princípios norteadores da sistemática do Tribunal do Júri. 4. A utilização da prova psicografada no Tribunal do Júri. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

O Tribunal do Júri é um instituto previsto na Constituição da República com competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, quais sejam: homicídio, infanticídio, aborto e instigação, induzimento ou auxílio ao suicídio.

Em razão da natureza dos delitos julgados, o Tribunal do Júri é permeado por diversas regras e princípios (plenitude de defesa, soberania do veredicto, sigilo das votações etc) que o tornam peculiar. Essa singularidade acaba por permitir uma interpretação mais elástica das provas admissíveis no curso de um julgamento pelo Júri.

Nesse contexto, é de fundamental importância perquirir se a prova obtida por meio de psicografia pode ser admitida como instrumento probatório idôneo a ser usado, especialmente pela defesa. Ganha ainda mais relevo este estudo ao se contrapor a utilização desse meio de prova com a laicidade do Estado brasileiro.

Assim, utilizando principalmente o método dialógico, buscar-se-á a resposta mais condizente com o ordenamento jurídico pátrio, a fim de solucionar a problemática em questão, que trata da possibilidade ou não do uso de cartas psicografadas no procedimento do Tribunal do Júri.

1. O instituto da psicografia na doutrina espírita

Cada uma das bilhões de pessoas que habitam o Planeta Terra possui sua pessoal compreensão sobre o sentido da vida e o que acontece após a morte. Para uns, após a morte não há nada, pois tudo chega ao fim. Para outros, a morte é apenas a passagem para uma outra vida, que continua em plano diferente.

Nesse contexto, e para aqueles que acreditam ser a morte uma passagem para a vida em um outro plano, tenta-se o contato com aquelas pessoas que estão desencarnadas.

Estas pessoas desencarnadas fazem contato com as pessoas ainda encarnadas por meio, dentre outras coisas, da psicografia, que se trata de uma forma de mediunidade pela qual o espírito desencarnado se utiliza da mão do médium para escrever uma mensagem ou o influencia para que este escreva a mensagem que o espírito pretende passar.

Sobre o que é a psicografia, ensina Allan Kardec (1996, p.32):

"A transmissão do pensamento dos Espíritos por meio da escrita se faz pela mão do médium. No médium escrevente a mão é o instrumento, porém a sua alma ou espírito nele encarnado é intermediário ou interprete do espírito estranho que se comunica."

Em todo o Planeta Terra, vários Médiuns ficaram mundialmente conhecidos por sua irrepreensível sensibilidade de contato com os espíritos daqueles que não mais estão encarnados. Dentre eles, é possível citar as norte-americanas Lorraine Warren e Ellen White, além do brasileiro Chico Xavier, cujas obras e benfeitorias renderam-lhe legião de seguidores.

Sem que se apegue ao cunho religioso da questão, vez que não é o objetivo do trabalho científico, o fato é que milhões de pessoas acreditam fervorosamente nas psicografias elaboradas por famosos médiuns por todo o mundo, atribuindo-lhe veracidade incontestável.

Em relação ao Espiritismo, válidas são as palavras de Herculano Pires (1984, p.5):

"O Espiritismo é uma doutrina que abrange todo o Conhecimento Humano, acrescentando-lhe as dimensões espirituais que lhe faltam para a visualização da realidade total. O Mundo é o seu objeto, a Razão é o seu método e a Mediunidade é o seu laboratório."

Diante desta constatação, qual seja, a de que milhões de pessoas acreditam na veracidade da psicografia, surge a questão acerca de sua

utilização como meio de prova no direito, mais especificamente no âmbito do Tribunal do Júri.

2. Da laicidade do Estado Brasileiro e da liberdade de crença

Extraí-se da Constituição Federal que o Estado é laico, ou seja, o Brasil é neutro na questão religiosa. Nessa esteira, uma primeira questão a ser enfrentada diz respeito à aceitabilidade de religiões (*ou doutrinas de cunho religioso*) em um país que, de forma expressa, preconiza a laicidade. Contudo, deve-se ter em mente que o fato de um determinado Estado ser laico não significa que ele não aceita a religiosidade, mas apenas que não adota uma religião oficial.

A religião está, na verdade, umbilicalmente ligada à evolução histórica da humanidade. Em decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, foi muito bem ressaltado pelo Conselheiro Emmanoel Campelo esta relação equidistante, mas não ausente, entre Estado e Religião:

“A presença de Crucifixo ou símbolos religiosos em um tribunal não exclui ou diminui a garantia dos que praticam outras crenças, também não afeta o Estado laico, porque não induz nenhum indivíduo a adotar qualquer tipo de religião, como também não fere o direito de quem quer seja”

Havendo esta historicidade entre a população e as religiões, e tendo em vista que o Tribunal do Júri é composto exatamente por pessoas do povo, não há como negar a forte influência que pode ser exercida perante um Conselho de Sentença.

Sendo as cartas psicografadas portadoras de mensagens que podem influenciar o veredicto em determinado processo penal, resta saber se poderia este tipo de prova ser utilizado no âmbito do Tribunal do Júri, especialmente sua utilização pela defesa.

3. Os princípios norteadores da sistemática do Tribunal do Júri

O ordenamento jurídico brasileiro possui princípios basilares, aplicáveis a ele nas diversas modalidades processuais. Dito isso, também cabe mencionar que há princípios aplicáveis especialmente a determinados procedimentos. No âmbito do Tribunal do Júri, ganham papéis protagonistas, dentre outros, os princípios da plenitude de defesa, da soberania dos veredictos e do *in dubio pro reo*.

Cumprе salientar que a plenitude de defesa é uma prerrogativa garantida ao acusado somente no âmbito do Tribunal do Júri, a qual não deve ser confundida com a ampla defesa. A redação constitucional é clara acerca da plenitude de defesa no Júri, em seu art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “a”. Quanto a todos os outros âmbitos processuais, a Carta Magna se utiliza de outro termo, a ampla defesa. No mesmo art. 5º, mas no inciso LV, o diploma constitucional afirma que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Semanticamente, há uma diferença abissal entre ampla defesa e plena defesa. Esta dá a ideia de uma maior completude, enquanto aquela, conquanto ampla, encontra restrições pontuais no ordenamento jurídico.

Essa distinção feita pelo legislador é proposital, pois a plenitude de defesa garante ao acusado igualdade material no momento de sua defesa em relação à acusação. Sabe-se que a máquina estatal possui maiores e mais efetivos mecanismos para proceder à acusação do que o réu. Dessa forma, a plenitude de defesa garante a isonomia e paridade de armas entre as partes.

Sobre o assunto, válida é a lição de Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2013 – P. 30/31):

Vozes poderão surgir para sustentar o seguinte ponto de vista: o legislador constituinte simplesmente repetiu os princípios gerais da instituição do Júri, previstos na Constituição de 1946. Em razão disso, por puro descuido ou somente para ratificar uma ideia,

acabou constando a duplicidade. Não nos soa correta a equiparação, até pelo fato de que o estabelecimento da diferença entre ambas as garantias somente é benefício ao acusado, com particular ênfase, em processos criminais no Tribunal Popular.

Na visão do autor, portanto, o Constituinte originário não “errou” ao estabelecer, para o Tribunal do Júri, uma defesa plena. Quis, na verdade, fazer com que a defesa no Tribunal do Júri fosse completa, de modo que nada lhe faltasse para salvaguardar a liberdade do acusado.

Além disso, o Tribunal do Júri é norteado pela soberania dos veredictos, de modo que é lícito aos jurados adotarem o entendimento que melhor lhes aprouver, sem que haja a necessidade de minudenciada justificativa. Na verdade, nem mesmo a justificativa é necessária. Diferentemente, no âmbito processual penal comum e nos outros ramos processuais, o princípio que ganha destaque é o do livre convencimento motivado, o qual preconiza que o julgador é livre para decidir conforme o seu entendimento, devendo, no entanto, sempre motivar suas decisões conforme as normas jurídicas.

Assim, vê-se que o princípio da soberania dos veredictos e o princípio do livre convencimento motivado possuem salutar distinção: o primeiro permite que os jurados decidam conforme seu livre entendimento, sem a necessidade de motivar ou explicar suas razões, e o segundo, por outro lado e apesar de garantir certa elasticidade à atuação do julgador, não permite que o magistrado profira decisões sem devida fundamentação que se mostre condizente com o ordenamento jurídico.

Dessa forma, é possível perceber que os princípios da plenitude de defesa e da soberania dos veredictos são específicos e inerentes à sistemática do Tribunal do Júri.

Dito isso, é de salutar importância destacar outro princípio que, apesar de aplicável a todo processo penal em sentido lato, possui papel protagonista no procedimento especial do Tribunal do Júri, qual seja o princípio do *in dubio pro reo*.

O mencionado princípio aduz que, havendo dúvida razoável, deve-se beneficiar o réu. Assim, não se pode condenar o indivíduo caso reste alguma dúvida sobre a autoria do crime. Percebe-se que o *in dubio pro reo* busca preservar e proteger o cidadão, parte mais fraca e mais vulnerável do ponto de vista probatório, contra a máquina estatal.

4. A utilização da prova psicografada no Tribunal do Júri

Conforme já salientado, a defesa no âmbito do Júri é plena e a influência religiosa exercida sobre os jurados existe. Resta perquirir acerca da possibilidade de utilização de psicografia como prova, especialmente em se tratado de prova produzida pela defesa, em favor do acusado.

O tema não é profundamente estudado pelos juristas, especialmente diante de inúmeros preconceitos que, invariavelmente, cercam o tema. Muitos pensam que a psicografia não pode ter esta relação com o direito, mormente em se tratando de Tribunal do Júri.

Nesse ponto, válidas são as palavras de Leandro Medeiros Galvão, que em linhas introdutórias de sua obra sobre o assunto (GALVÃO, 2010. P. 15-16), salienta o seguinte:

“Contudo, como primeiro passo para um estudo sério e uma coerente análise da situação, há de se quebrar certos tabus. Deve-se parar de tratar assuntos como a morte de forma ‘sobrenatural’, visto que a morte é um fenômeno natural da existência humana, bem como o próprio nascimento, ou a *reencarnação* para os espíritas; diariamente pessoas nascem e morrem. Logo, o estudo da psicografia não pode ser entendido como um fenômeno ou fato ‘sobrenatural’, até porque a única certeza que se tem na vida é a morte.”

Ao se analisar se seria possível sua utilização pelo Tribunal do Júri, é fundamental assentar que a prova consiste no instituto que tem por finalidade gerar, na pessoa do julgador, um estado de relativa certeza sobre

um determinado fato ou acontecimento que seja importante para a decisão judicial. Nas palavras do Professor Nucci (NUCCI, 2013, p.338):

"O termo prova origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar"

Nesse contexto, é cediço que diversas são as formas que se tem para gerar este juízo de relativa certeza sobre um fato ou conhecimento. Tem-se, por exemplo, a testemunha, que é um dos meios de prova mais comuns em processos penais. Além dela, tem-se a acareação, a prova pericial, dentre tantas outras típicas e atípicas permitidas pelo ordenamento jurídico.

De acordo com as lições de Vladimir Polizio, o material psicografado apresentado em processo criminal para valoração probatória tem a natureza de "prova documental" que exprime declaração de quem já morreu, e exatamente por isso a prova, quanto à fonte, encontra-se exposta a questionamentos os mais variados (POLIZIO, 2009).

Ou seja, de acordo com o referido autor, a prova psicografada ingressaria em determinado processo judicial como um documento, sujeito a todos os incidentes inerentes ao seu tipo de prova.

Deve-se ainda ter em mente que, no Brasil, apenas aquelas provas que são ilícitas não são passíveis de serem utilizadas. Ora, a prova psicografada, ao revés da ilicitude, apresenta em sua origem milhões de pessoas que fervorosamente acreditam em sua adequação.

No Brasil, a utilização de provas psicografadas no Direito e, em especial, no Tribunal do Júri, conquanto ainda seja um tema controverso, é algo que remonta à década de 40. Com efeito, a história da psicografia e do direito no Brasil é muito bem contada por Mirna Policarpo

Pitelli, em seu artigo intitulado "A psicografia como meio de prova judicial" (PITTELLI, 2014):

"O primeiro caso de que se tem notícia no Brasil, ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, no ano de 1944, no âmbito Cível. As partes envolvidas na Ação Declaratória eram: a viúva e os três filhos do escritor, Humberto de Campos, contra a Federação Espírita Brasileira e o médium, Chico Xavier. Requerendo, como titulares dos direitos autorais das obras do escritor, explicações, uma vez que tais livros encontravam-se expostos nas prateleiras das livrarias, sem que estes tivessem autorizado ou recebido qualquer valor por eles (TIMPONI, 1945). Neste caso o juiz concluiu que não havia interesse legítimo, julgando a suplicante carecedora da ação proposta. Desta sentença houve recurso, porém esta foi confirmada pelo Tribunal de Apelação do antigo Distrito Federal, em 03 de novembro de 1944.

No âmbito Penal, quatro são os casos, já julgados, que geraram grande repercussão social e mundial, em que a Justiça aceitou as cartas psicografadas, como meio de prova. São casos de julgamentos históricos, em que cartas "sobrenaturais" foram utilizadas a fim de absolver réus de crime de homicídio (Linha Direta Justiça, 2006). Antes, porém, cabe esclarecer que estas cartas foram psicografadas por "Chico Xavier", médium respeitado mundialmente e precursor da Religião Espírita no Brasil. Destes, dois ocorreram no Estado de Goiás, em 1976, e ambos foram submetidos em momentos diversos, ao Juiz de Direito, Doutor Orimar de Bastos.

No primeiro processo o réu, João B. França, foi absolvido, a decisão se deu pela impronúncia por falta de dolo, bem como quaisquer elementos da culpa, por entender que se tratava de uma fatalidade, um acidente. O réu nem chegou a julgamento popular.

No segundo caso, o réu, José Divino Nunes, foi absolvido pelo Tribunal do Júri, por seis votos a um. Houve recurso de apelação por parte da promotoria. O Tribunal negou provimento à apelação e confirmou por unanimidade a decisão do júri popular, absolvendo o réu.

O terceiro caso se deu em 1980, no estado do Mato Grosso do Sul, o réu, João Francisco M. De Deus foi condenado inicialmente, por homicídio doloso e os autos foram remetidos ao Tribunal do Júri, em março de 1982. O réu então foi absolvido por unanimidade. Houve recurso de apelação. Submetido a novo Júri, foi condenado a um ano e meio de detenção, por homicídio culposo, porém o crime já estava prescrito.

O quarto caso se deu no estado do Paraná, em 1982, o réu, Aparecido Andrade Branco, foi considerado culpado pelo Tribunal do Júri, por cinco votos a dois e condenado a oito anos e vinte dias de reclusão. (Linha Direta Justiça 2006).

Em maio de 2006, a imprensa divulgou um novo caso, ainda em trâmite, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Folha On Line, 2006). O crime se deu em 2003, a ré, Iara M. Barcelos foi inocentada, por cinco votos a dois, da acusação de mandante do crime de homicídio. Foram utilizadas pela defesa duas cartas psicografadas pelo médium Jorge J. Santa Maria, ou seja, sem o respaldo da figura de Chico Xavier. Houve recurso de apelação. A decisão do Tribunal se deu por maioria, dando provimento ao apelo do Ministério Público para declarar a nulidade do julgamento, pela ocorrência de nulidade absoluta, com fundamento no art. 564, inc. II, do CPP. Consistente no fato de que um dos integrantes do Conselho de Sentença mantém estreita relação profissional com um dos defensores que atuaram em plenário. O caso está em trâmite.

Curioso notar que a paranormalidade já foi tratada por textos legislativos. Com efeito, a Constituição do Estado de Pernambuco, em seu art. 174, expressamente menciona a figura da paranormalidade:

“Art. 174, Constituição de Pernambuco: O Estado e os municípios, diretamente ou através do auxílio de entidades privadas de caráter assistencial, regularmente constituídas, em funcionamento e sem fins lucrativos, prestarão assistência aos necessitados, ao menor abandonado ou desvalido, ao superdotado, ao paranormal e à velhice desamparada”.

Chama-se atenção, contudo, para proposições legislativas editadas com o fito de expressamente proibir a utilização de provas psicografadas em processos penais, por meio de alterações à redação do Art. 232 do Código de Processo Penal. As alterações, encaminhadas pelo PL 1705/2007 e 3314/2008, foram arquivadas pela Câmara dos Deputados, por força do término da legislatura, acirrando ainda mais os debates.

Em resumo, o subjetivismo da psicografia acaba por se mostrar latente, pois não há como constatar que o médium está agindo de boa-fé no momento em que psicografa uma mensagem. Por isso, como respaldo para garantir a autenticidade das provas psicografadas, deve ser utilizada a perícia grafotécnica, a qual consiste em um método objetivo de examinar a autoria dos grafismos.

Especificamente, utilizando-se desse método, no qual se compara a letra do indivíduo antes de ter falecido e a letra da psicografia, já foram comprovadas as autenticidades de mais de quatrocentas cartas psicografadas por Chico Xavier. Resta, dessa maneira, demonstrado que a prova psicografada não se trata de algo completamente abstrato e duvidoso, mas sim de algo que pode ser comprovado objetivamente por peritos especializados em grafia.

Ademais, a livre convicção e a desnecessidade de motivação dos jurados, trazem ainda mais respaldo para o uso dessas provas no processo doloso contra a vida. Ora, sendo os jurados livres para bem decidirem conforme suas crenças e valores, não estaria se garantindo um

princípio que *a priori* parecia comprometido, o princípio da liberdade de crença? Vislumbra-se que sim, pois o jurado pode ou não adotar a prova psicografada levada pela defesa, não estando ele obrigado a aceitá-la.

Demonstra-se, diante do exposto acima, que a prova psicografada é plenamente constitucional quando utilizada no Tribunal do Júri pela defesa. No entanto, resta dúvida quanto sua utilização como prova acusatória.

Sabe-se que a plenitude de defesa garante ao acusado a utilização de todos os meios de prova, mesmo os não previstos em lei, desde que sejam moralmente legítimos. Em contrapartida, para a acusação a realidade é diferente. O Ministério Público deverá se ater à produção de provas previstas no Código de Processo Penal, pois, para o órgão ministerial, as provas elencadas no Título VII do referido diploma legal são taxativas, ou seja, a acusação deverá se utilizar somente das provas ali constantes.

Dessa maneira, admitir que a acusação se valha de provas distintas das previstas no Código de Processo Penal significa violar frontalmente o princípio do devido processo legal, princípio este consagrado na Constituição Federal, no art 5º, inciso LIV.

Por fim, constata-se que é constitucional a utilização da psicografia como prova pela defesa no Júri, em respeito à plenitude da defesa, à liberdade de crença e à livre motivação dos jurados. Ao contrário, para a acusação, essas provas se mostram inconstitucionais, por não estarem taxativamente previstas no diploma legal de processo penal, afrontando o devido processo legal.

Conclusão

Diante de toda a análise da pesquisa apresentada, é possível concluir pela possibilidade do uso da psicografia como prova pela defesa no procedimento do Tribunal do Júri, em obediência ao *in dubio pro reo* e à plenitude de defesa.

Percebe-se, então, que a psicografia se trata simplesmente de uma prova documental, perdendo sua qualidade de abstração a partir do momento em que a perícia grafotécnica, de forma objetiva, atesta a sua autenticidade.

Ademais, ao contrário do que pode se pensar *a priori*, não há violação à liberdade de crença ou à laicidade estatal, tendo em vista que o jurado pode decidir ou não em favor da prova psicografada, pois não há motivação vinculada no Tribunal do Júri. Caberá aos membros do conselho de sentença avaliar a carta psicografada em cotejo com todas as outras provas produzidas nos autos, pois, conforme salientado acima, o ordenamento jurídico pátrio admite qualquer meio probatório moralmente legítimo, mesmo que não esteja previsto em lei.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Gladston Fernandes. **Tribunal do Júri: uma análise processual à luz da Constituição Federal**. Niterói (RJ): Ímpetus, 2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional Tomo I**. 5. ed. Bahia: JusPodivm, 2015.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do júri: teoria e prática / Walfredo Cunha Campos. 2.ed.** São Paulo: Atlas, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Júri: reformas, continuísmos e perspectivas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

EL TASSE, Adel. **A plenitude de defesa no Tribunal do Júri**. Revista Jus Navigandi, 4jul.2015. Disponível em: . Acesso em: maio, 2018.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017.

FERRAJOLI, Luigi: **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GALVÃO, Leandro de Medeiros. *A prova Psicografada e o Tribunal do Júri*. São Paulo: Editora Baraúna, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coord.). **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: RT, 2008.

KARDEC, A. **O Livro dos Médiuns ou, guia dos médiuns e dos evocadores**. 81 ed. Brasília: Editora FEB, 2013. 13 cap.

_____. **Livro de introdução ao estudo da doutrina espírita**. v.2. São Paulo: Lúmen, 1996.

KULCHESKI, Edvaldo. **O que é psicografia?**. Disponível em: <www.rcespiritismo.com.br/conteudo_site/pdf_anteriores/.../materia1.pdf>. Acesso em: maio, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NASSIF, Aramis. **O novo júri brasileiro: conforme a Lei 11.689/08, atualizado com as Leis 11.690/08 e 11.719/08**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza: **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PIRES, José Herculano. **Mediunidade: vida e comunicação: conceituação**. 5a Ed. São Paulo : EDICEL, 1984.

PITTELLY, Mirna Policarpo. **A psicografia como meio de prova judicial**. Revista das Faculdades Integradas Vianna Júnior: Vianna Sapiens. vol 1. n. 1. p. 66 a 91.

POLIZIO, Vladimir. **A psicografia no tribunal**. São Paulo. Butterfly Editora, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de: **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 20ª ed.. São Paulo: Atlas, 2012.

SOARES, Livia Vasconcelos. **A desnecessidade de motivação dos jurados no Tribunal do Júri**. Disponível em: . Acesso em: maio, 2018.

ZIMBRÃO, Natalia. **Decisão do CNJ esclarece: Crucifixo em prédios da Justiça não afeta Estado laico**. Disponível em: <<https://www.acidigital.com/noticias/decisao-do-cnj-esclarece-crucifixo-em-predios-da-justica-nao-afeta-estado-laico-15362>>. Acesso em: junho, 2018.

NOÇÕES BÁSICAS SOBRE O PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE TRIBUTÁRIA

JOANA KAREN WANDERLEY PINTO:

Advogada. Graduada em direito pela universidade federal do ceará (UFC). Pós-graduada em direito tributário pela universidade Anhanguera-Uniderp.

RESUMO: O Princípio da Não Cumulatividade no Sistema Tributário Brasileiro é tema recorrente na doutrina e jurisprudência pátria que, com muita dificuldade e divergências, buscam se consolidar. Diante dessa problemática, pretende-se compreender o princípio em questão, observando o contexto histórico, social e jurídico no qual surgiu e como se deu a sua assimilação pelo ordenamento pátrio. Nessa linha, aborda-se ainda sua natureza jurídica e previsão legal, chegando-se enfim a finalidade e vantagens esperadas com a aplicação do mesmo.

Palavras-chave: Princípio da Não Cumulatividade, Características, Relevância, Aplicação, Sistema Tributário Brasileiro.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da Origem Dos Tributos Não Cumulativos. 3. Do Conceito e Da Finalidade. 4. Dos Métodos Adotados Para a Aplicação Do Princípio Da Não Cumulatividade. 4.1 Do Método Do Valor Agregado. 4.2. Da Não Cumulatividade Do IPI e ICMS. Método Do Crédito do Imposto. 4.3. Da Não Cumulatividade Do PIS/COFINS. Método Indireto Subtrativo. 5. Da Previsão Legal. 6. Das Vantagens na Aplicação do Princípio da Não Cumulatividade. 7. Considerações Finais. 8. Referências.

1. Introdução

Partindo-se do pressuposto de que a má distribuição de renda, pilar das desigualdades sociais é, também, uma questão tributária, considerando que a enorme carga tributária a qual estamos sujeitos é uma das maiores do mundo, nos deparamos com a seguinte questão inicial: haveria verdadeira necessidade para tanto ou será que o nosso sistema

tributário é falho a ponto de permitir abusos a favor da fazenda e contra o contribuinte?

Nesse contexto questionador, nos deparamos com uma importante questão atual que vem sendo foco constante de demandas judiciais, intrigando a doutrina e a jurisprudência que, com dificuldades, tenta, aos poucos, se consolidar.

Fala-se aqui do princípio da não cumulatividade tributária. As contradições e adversidades que permeiam um instituto criado com o fim de evitar injustiças e afastar tributações abusivas, mas que, ao que parece, não conseguiu encontrar seu lugar adequado dentro do sistema tributário brasileiro.

Na busca, pois, de explicações satisfatórias para a pergunta inicial trazida, estruturou-se o presente trabalho no estudo do Princípio da Não Cumulatividade e sua aplicação no âmbito do atual Direito Tributário Brasileiro.

Gira-se entorno da controvérsia que se tem na percepção de uma sistemática aparentemente benéfica tanto ao contribuinte como ao fisco, que é a não cumulatividade, ao passo que suas vantagens não são, ao menos de imediato, verificáveis no sistema tributário brasileiro.

Preceito que se adotou como verdadeiro ao se verificar as inúmeras ações que abarrotam o judiciário envolvendo questões decorrentes desse princípio.

Estudar-se-á, portanto, a veracidade ou não de tal preceito. Estudo este que se dará na busca, de forma investigativa, pela resposta a contradição exposta, seguindo o objetivo de compreender tanto o princípio e sua finalidade quanto a aplicação do mesmo no Brasil.

Assim sendo, inicia-se a investigação proposta com uma pincelada inicial pelas principais características do referido princípio, objetivando entendê-lo como um todo.

Ali contendo, de início, uma abordagem a cerca do contexto social e jurídico no qual nasceu a própria idéia de não cumulatividade, englobando local e contexto histórico, para que melhor se possa entender sua finalidade precípua, bem como sua importância e reflexos na economia.

No mesmo momento, serão expostos a previsão legal e natureza jurídica da não cumulatividade, tudo isso com o fim de obter um conceito

sólido a cerca do nosso objeto de estudo que nos propicie ter do mesmo uma noção suficiente a garantir a efetividade do estudo proposto.

Finalizando essa abordagem inicial, evocam-se ainda as vantagens propostas pela aplicação da não cumulatividade.

2. Da Origem Dos Tributos Não Cumulativos

Para se entender a finalidade precípua de qualquer instituto no Direito, faz-se imprescindível investigar não só em que ocasião socioeconômica ele surgiu, mas também qual a situação fático-jurídica de então que permitiu seu aparecimento e sua consolidação no mundo jurídico.

Atualmente, é fácil perceber a importância que os reflexos do princípio da não cumulatividade têm na economia. Vantagens e benefícios estes que serão melhor estudados adiante.

Por hora, impende destacar que a primeira noção que se formou sobre imposto não cumulativo data de 1954, e teve origem na França, quando se instituiu o imposto sobre o valor agregado em substituição ao antigo imposto sobre o volume de negócios.^[1]

Almejando padronizar a tributação, evitando conflitos nessa seara, o Mercado Comum Europeu, assimilou o novo preceito nascido na França, espalhando, assim, pela Europa, o princípio da não cumulatividade tributária.

Já no Brasil, os primeiros sinais da aceitação da não cumulatividade, ocorreram no ano de 1956, no âmbito infraconstitucional, com a Lei 297, ganhando expressão constitucional, em 1965, com a Emenda nº 18^[2] à Constituição de 1946.

O que se entende é que a não cumulatividade surgiu da própria necessidade.

Explica-se: com a revolução industrial brasileira, a confecção de um único produto passou a ser composta por várias etapas, tendo, até mesmo, em alguma das vezes, vários fornecedores, cada um especializado em uma das etapas suscitadas.

Dessa forma, o tributo que antes incidia uma única vez, com a descentralização da produção, passou a incidir em cada nova etapa, tornando a confecção mais onerosa. Tal ônus, claro, como de costume, fora repassado ao consumidor final, o que encarecia sobremaneira o produto, tornando sua venda impraticável.

No intuito, pois, de tornar viável a comercialização dos produtos advindos da recém formada indústria brasileira e assim estimular não só essa indústria, mas também o próprio consumo é que se buscou, no modelo europeu, a solução para amortizar os efeitos da cumulação de tributações, que foi justamente a proibição da mesma, afastando-se a incidência em cascata de determinados impostos.

Para entender como se deu essa proibição, convém, antes, observar exatamente do que trata a não cumulatividade, o que se torna possível com a apreciação do conceito atribuído a mesma, o qual se destrincha a seguir.

3. Do Conceito e Da Finalidade

A própria denominação intitulada "Princípio da não cumulatividade tributária" já contém a ideia de que não se pode cumular tributos. Todavia, a noção de tributo não cumulativo não é tão simples como se pressupõe. No estudo de sua finalidade, por exemplo, pode levar a diferentes caminhos, havendo constantes confusões doutrinárias a respeito.

Nesse sentido é que se optou por unir em um único tópico a apreciação do conceito e da finalidade dessa categoria de tributo, visando a simplificar sua compreensão.

Conforme se viu, a noção da não cumulatividade surgiu quando se detectou que a incidência em cascata dos tributos onerava excessivamente os produtos, no entanto, ao contrário do que se possa pensar, a finalidade do instituto não é simplesmente tornar acessível o preço destes produtos. Se o fosse, estar-se-ia admitindo que um instituto de Direito Tributário possuísse uma razão de ser meramente econômica.

É claro que a aplicação em si do Direito Tributário está intrinsecamente ligada às ciências econômicas, sendo verdade também que cada norma desse ramo do direito possui reflexos diretos na economia do país. Entretanto, para que um preceito especificamente de Direito Tributário seja consolidado é imperioso que, além de uma função econômica, tenha também uma função fiscal.

Assim é que se pode dizer, com segurança, que o princípio da não cumulatividade possui uma finalidade fiscal que repercute diretamente da economia, jamais o contrário.

Nesse diapasão, vale citar os esclarecedores ensinamentos de Hugo de Brito Machado, que, ao tratar sobre o tema, assim se posiciona:

Preferimos dizer que a não-cumulatividade tem por objetivo apenas tornar conhecido o ônus tributário total que o imposto representa sobre cada produto e impedir que esse ônus seja diferente em razão do número de operações pelas quais passa o produto desde o início até o final de sua industrialização.^[3]

O fim fiscal da não cumulatividade, consoante se subtrai do trecho suscitado, nada mais é do que evitar a diferença de tributação entre um mesmo produto, apenas em razão da quantidade de etapas as quais está submetida sua produção.

Nessa linha, tem-se ainda que o tributo não cumulativo seja aquele que não incide sobre bases por si gravadas anteriormente (seja por ser monofásico, seja por incidir apenas sobre o valor agregado) ou, se incide, é compensável com o montante integral devido nas operações anteriores.

Frisa-se, ademais, que tal conceito não deve ser confundido com o de tributo sobre o valor agregado. Este, na verdade, é uma espécie, dentre várias outras, de tributo não cumulativo, caracterizado por incidir apenas sobre o valor agregado em cada nova etapa de confecção do produto e não sobre o valor total da mesma.

Existem, todavia, outros métodos de se garantir a não cumulatividade de um tributo, tema que será devidamente abordado adiante.

4. Dos Métodos Adotados Para a Aplicação Do Princípio Da Não Cumulatividade

Nas palavras de Ives Gandra da Silva Martins e Edison Carlos Fernandes, "a não-cumulatividade seria uma forma de operar a neutralidade, de garantir um sistema tributário neutro, especialmente no que diz respeito aos tributos plurifásicos."^[4]

Na mesma linha, Fernando Zilveti assevera:

Os tributos cumulativos provocam distorção da alocação dos recursos; distorção na formação de preços, enfim, efeitos que colidem frontalmente com o princípio da neutralidade. Em suma, o tributo não cumulativo seria aquele que melhor realiza o princípio

da neutralidade, uma vez que não fere as leis da livre concorrência e da competitividade.^[5]

Considerando estas lições e as descritas anteriormente, tem-se que a proibição da não cumulação de tributos era medida cogente, mas sua efetiva aplicação não era, e nem o poderia ser, tendo em vista a importância e expressão desse princípio, nada simplórias.

Visando alcançar a neutralidade tributária com a consequente supressão do efeito cumulativo, vários métodos foram desenvolvidos dentre os quais se destacam os mais evocados no Brasil, métodos de (i) "imposto contra imposto", tecnicamente denominado método "de crédito do tributo" e o (ii) "indireto subtrativo".

Ocorre que os métodos desenvolvidos para se evitar a incidência em cascata dos tributos são diversos, acarretando, cada um deles, uma série de outras problemáticas subsidiárias a serem resolvidas, como a forma de fiscalização, de arrecadação e etc.

Insta, pois, nesse momento, desvendar os principais métodos de aplicação do princípio da não cumulatividade, os quais serão melhor abordados a seguir.

4.1. Do Método Do Valor Agregado

Um dos primeiros métodos adotados para se garantir a efetivação da não cumulatividade dos tributos é o chamado método do valor agregado.

Talvez por ter sido pioneiro, não raro, consoante aludido, costuma-se verificar uma certa confusão entre tributo não cumulativo e tributo incidente sobre o valor agregado, em hipóteses em que as duas expressões são tidas como sinônimas. Paulo Roberto Lyrio Pimenta, nesse sentido, assevera que *"em seu sentido originário, tributo não cumulativo era sinônimo de tributo sobre o valor agregado. Entretanto, atualmente, tais expressões não podem ser equiparadas, tomando-se como referencial o ordenamento brasileiro (...)"*^[6].

Em verdade o que se tem é que o tributo incidente sobre o valor agregado é apenas uma dentre as espécies possíveis de tributo não cumulativo, o qual pode ainda ser monofásico ou, quando plurifásico, incidir sobre o valor total da operação, em vez de ser calculado sobre o valor agregado, ou ainda ser compensado com os valores devidos em operações antecedentes.

Calculando-se o tributo sobre o valor agregado, têm-se duas técnicas possíveis, conhecidas como adição e subtração. A primeira delas consiste em somar todos os componentes do valor agregado, incidindo o imposto sobre o total.

Pela subtração, ao revés, determina-se o valor que fora agregado em cada nova etapa, mediante a dedução do valor de venda do valor da aquisição correlata, havendo aqui uma tributação fracionada, que incidirá a cada fase ou etapa produtiva, em uma intensidade equivalente ao montante agregado a cada uma delas.

Estas não são, entretanto, as únicas formas de se garantir a não cumulatividade dos tributos, consoante já evocado. Outros dos métodos mais comuns serão a seguir abordados.

4.2. a Não Cumulatividade Do IPI e ICMS. Método Do Crédito do Imposto

Outro método bem popular, sobretudo no Brasil, é o chamado método do Crédito do Imposto, também conhecido como Imposto Contra Imposto, o qual igualmente pressupõe uma relação de subtração, porém, nesse caso, o valor do imposto devido nas operações anteriores é abatido do devido nas operações praticadas pelo contribuinte durante o período de apuração.

Conforme restará explicitado adiante, o princípio da não-cumulatividade é expressamente previsto no texto constitucional para o IPI – imposto sobre produtos industrializados (art.153, § 3º, inciso II) e para o ICMS – imposto sobre a circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte intermunicipal, interestadual e de comunicação (art.155, § 2º, inciso I).

A não-cumulatividade do IPI e do ICMS é sistematizada exatamente mediante a aplicação do método de crédito do tributo em análise, através do qual, como explicado, “o valor do tributo devido na etapa anterior é registrado como crédito fiscal para ser utilizado na apuração do débito referente à transação corrente.”^[7]

O método eleito para reger, em regra, a incidência dos impostos não cumulativos, no Brasil, foi, portanto, justamente, esse, o método do Crédito do Imposto. A exceção é o caso do PIS e COFINS, cuja base de cálculo para a incidência não-cumulativa é o valor do faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica,

independentemente de sua denominação ou classificação contábil (Lei nº 10.637[8], de 2002, art 1º, §§ 1º e 2º e Lei nº 10.833[9], de 2003, art. 1º, §§ 1º e 2º).

Para melhor compreensão do mesmo, traça-se uma análise mais detalhada adiante.

4.3. Da Não Cumulatividade Do PIS/COFINS. Método Indireto Subtrativo

Como dito, o método empregado ao PIS e COFINS é um diferencial na aplicação da não cumulatividade, sobretudo no Brasil. Para se entender o porquê dessa discrepância de métodos, convém destacar trecho da análise feita quando da Exposição de Motivos da Medida Provisória n.º 135, convertida na Lei n.º 10.833/2003, supracitada, o que permite a verificação das razões que motivaram a implementação da sistemática descrita, confira-se:

1.1. O principal objetivo das medidas ora propostas é o de estimular a eficiência econômica, gerando condições para um crescimento mais acelerado da economia brasileira nos próximos anos. Neste sentido, a instituição da Cofins não-cumulativa visa corrigir distorções relevantes decorrentes da cobrança cumulativa do tributo, como por exemplo a indução a uma verticalização artificial das empresas, em detrimento da distribuição da produção por um número maior de empresas mais eficientes – em particular empresas de pequeno e médio porte, que usualmente são mais intensivas em mão de obra.

Tem-se, pois, que o principal objetivo da implementação da sistemática não-cumulativa ao PIS e à COFINS foi estimular a eficiência econômica, devendo a interpretação e aplicação das normas pertinentes à não-cumulatividade sempre buscar a realização da *mens legis*, subtraída de forma clara na exposição de motivos da MP n.º 135, convertida na Lei n.º 10.833/2003.

A melhor doutrina tributária entende que a sistemática da não-cumulatividade aplicada ao PIS e à COFINS trouxe para o âmbito das respectivas contribuições o princípio da neutralidade tributária, confira-se:

“Com a edição da Medida Provisória n.º 66, convertida na Lei n.º 10.637, de 2002, e da Medida Provisória n.º 135, convertida na Lei n.º 10.833, de 2003, o Poder Executivo, cumprindo o objetivo de reduzir a carga tributária sobre a produção, e, em decorrência, o chamado Custo Brasil, extinguiu a cumulatividade (efeito cascata) das contribuições sociais incidentes sobre o faturamento, instituindo a neutralidade tributária para a Contribuição ao Programa de Integração Social – PIS e para a Contribuição para o financiamento da Seguridade Social – COFINS.”^[10]

Assim é que, para a implementação da não-cumulatividade do PIS e da COFINS adotou-se método diverso daquele aplicável ao ICMS e ao IPI, já abordado em tópico supra, qual seja, o método indireto subtrativo, conforme expressamente estabelecido na mencionada exposição de motivos da Medida Provisória n.º 135, convertida na Lei n.º 10.833/2003, *in verbis*:

6. A contribuição não-cumulativa que está sendo instituída tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

7. Por se ter adotado, em relação à não-cumulatividade, o método indireto subtrativo, o texto estabelece as situações em que o contribuinte poderá descontar, do valor da contribuição devida, créditos apurados em relação aos bens e serviços adquiridos, custos, despesas e encargos que menciona.

Nítida é a diferença da sistemática da não-cumulatividade aplicável ao PIS e à COFINS em relação a do IPI e do ICMS, cujo efeito não cumulativo é afastado mediante a permissão de compensação entre o montante do tributo pago por ocasião da realização de operações de entrada sujeitas à incidência dos mencionados impostos e o montante apurado nas operações de saída igualmente sujeitas à incidência tributária.

5. Da Previsão Legal

Estudada sua origem e entendido o conceito, a finalidade e os métodos que autorizam a aplicação de um tributo não cumulativo, resta saber se o Princípio da Não Cumulatividade é ou não empregado no Brasil.

Inicialmente, há que se separar duas hipóteses distintas, uma delas é a existência de tributos não cumulativos e a outra a assimilação do Princípio da Não Cumulatividade no ordenamento pátrio.

É preferível dizer que, no Brasil, não subsiste o referido princípio, mas apenas alguns tributos com tais características.

Isso porque, dentre as normas principiológicas constantes na Carta Maior não se vislumbra qualquer remissão ao princípio em destaque. Tão apenas o que se verifica são normas específicas, referentes a determinados tributos, nas quais há a imposição expressa de que os mesmos deverão ser não cumulativos.

É o caso, por exemplo, dos dispositivos constitucionais: art. 153, §3º, II, que trata do IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados, art. 155, §2º, I, referente ao ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, art. 195, § 4º, que trata das contribuições, 195, § 12, que permite e prevê a forma de cobrança do PIS – Programa de Integração Social e da COFINS – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social e do art. 154, I, referente aos impostos residuais.

Diante disso, entende-se que o princípio da não cumulatividade, a despeito de algumas correntes doutrinárias contrárias, não fora expressamente recepcionado por nossa constituição.

O que há no Brasil são impostos sujeitos por força de lei à não cumulatividade, no entanto, encontram os mesmos taxativamente definidos, não sendo, pois, um princípio a ser empregado, de forma genérica, a todos os tributos existentes no país e sim uma imposição específica para regular a incidência de determinados tributos.

6. Das Vantagens na Aplicação do Princípio da Não Cumulatividade

Logo no início desse trabalho, ao se falar sobre a origem do princípio da não cumulatividade, ressaltou-se, de pronto, uma das vantagens econômicas dos tributos dessa natureza, a qual se refletem em vários outros benefícios, quais sejam: a diminuição do custo de produção que decorre da própria diminuição na carga tributária e repercute ainda no preço final do produto.

Vale lembrar que, como finalidade dos tributos não cumulativos, argüimos que a sistemática plurifásica não cumulativa propicia a que se conheça, quando do consumo final do produto tributado, o ônus total representado pelo tributo, eis que este independe da quantidade de operações havidas desde a produção até o consumo. Essa transparência facilita, por exemplo, o ressarcimento ao exportador, afim de que não se “exporte o produto”, o que seria bem mais complexo, somente possível à base de estimativas, quando o tributo é plurifásico cumulativo.

Por conseguinte, pode-se dizer que o princípio em destaque propiciou uma integração do sistema de tributar, mormente por ser a tributação melhor dividida entre as diversas etapas da produção, distribuindo o ônus e a responsabilidade pelo recolhimento do tributo.

Isso ocorre porque, com a sistemática do tributo cumulativo, o ônus que afinal recairia sobre o produto seria tanto maior quanto maior fosse a cadeia de etapas necessárias a sua produção, gerando, com isso, uma desigualdade de tributação entre produtos iguais quando estes fossem produzidos por mais de um fornecedor.

Dessa forma, tal medida atende sobremaneira aos princípios da capacidade contributiva e da equidade, considerando que, em tese, cada agente passará a contribuir na medida exata em que onerou o produto.

Reflexo direto desses benefícios é o incentivo à produção, a comercialização de bens e o próprio consumo, facilitados não só pela diminuição do custo de produção, como pela possibilidade dada ao produtor de atuar em apenas uma das etapas de produção sem que isso caracterize uma maior tributação sobre seu produto.

7. Considerações Finais

O estudo investigativo na busca do conhecimento das características e verdadeira expressão do que vem a ser o Princípio da Não Cumulatividade, da forma como fora abordada, desde sua origem até a recepção deste pelo ordenamento pátrio, permite uma melhor compreensão a cerca da finalidade precípua do mesmo, bem como das possíveis vantagens que este se propõe a inserir dentro de um sistema tributário.

Assim, facilmente, verificou-se que apesar do forte cunho econômico e do seu surgimento ter se dado também por razões econômicas, quais sejam a necessidade de diminuir o ônus de produtos cuja confecção é distribuída em várias etapas de produção, há ainda uma função fiscal embutida na aplicação do referido princípio.

Mais do que reduzir o custo final de produtos submetidos a diversas etapas de produção, viu-se necessário também fazer com que sobre tais produtos incidisse a mesma carga tributária que outros da mesma espécie e gênero que, no entanto, eram produzidos por um único fornecedor.

Para tanto, estabeleceu-se ser proibida a incidência em cascata de determinados tributos, devendo se igualar a tributação dos produtos produzidos em várias etapas com aqueles mesmos cuja produção se dava em uma única etapa, o que só seria possível, caso conhecida a carga tributária total que deveria incidir naquele produto.

Com essa nova sistemática, reduziu-se o ônus final do produto repassado ao consumidor, pela própria redução da carga tributária o que culminou com o incentivo à industrialização horizontal, colocando-a em pé de igualdade com a industrialização vertical, além, claro, de estimular também o próprio consumo.

8. Referências

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Rio de Janeiro: Forense. 1998. 7ª edição.

CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. São Paulo: Malheiros, 1995. 6ª edição.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo : Saraiva, 1991. 4ª edição.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988 : sistema tributário**. Rio de Janeiro : Forense: 1991. 3ª edição.

FERNANDES, Edison Carlos; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Não-cumulatividade do PIS e da COFINS – Implicações contábil, societária e fiscal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Atlas, 2007. 2ª edição.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. 28ª Edição.

MACHADO, Hugo de Brito. **Não-Cumulatividade Tributária**. São Paulo: Dialética, 2009. 1ª Edição.

MOREIRA, André Mendes. **A Não Cumulatividade dos Tributos**. São Paulo: Noeses, 2010. 1ª Edição.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. Porto Alegre, 2005. 7ª edição.

TORRES, Ricardo Lobo. **Sistemas Constitucionais Tributários**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 1ª edição.

ZILVETI, Fernando. **Variações sobre o princípio da neutralidade no direito tributário internacional**. In COSTA, Alcides Jorge e outros (coordenadores). *Direito Tributário Atual* n.º 19. São Paulo: Dialética, 2005.

NOTAS:

[1] TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 276.

[2] Art. 11. Compete à União o imposto sobre produtos industrializados.

Parágrafo único. O imposto é seletivo em função da essencialidade dos produtos, e não-cumulativo, abatendo-se, em cada operação, o montante cobrado nos anteriores.

Art. 12. Compete aos Estados o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por comerciantes, industriais e produtores.

§ 1º A alíquota do imposto é uniforme para todas as mercadorias, não excedendo, nas operações que as destinem a outro Estado, o limite fixado em resolução do Senado Federal, nos termos do disposto em lei complementar.

§ 2º O imposto é não-cumulativo, abatendo-se, em cada operação, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores, pelo mesmo ou por outro Estado, e não incidirá sobre a venda a varejo, diretamente ao consumidor, de gêneros de primeira necessidade, definidos como tais por ato do Poder Executivo Estadual.

[3] MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao Código Tributário Nacional, vol.I, 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 523.

[4] FERNANDES, Edison Carlos; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Não-cumulatividade do PIS e da COFINS – Implicações contábil, societária e fiscal. Quartier Latin, São Paulo: 2007.

[5] ZILVETI, Fernando. Variações sobre o princípio da neutralidade no direito tributário internacional. In COSTA, Alcides Jorge e outros (coordenadores). Direito Tributário Atual n.º 19. Dialética, São Paulo, 2005.

[6] PIMENTE, Paulo Roberto Lyrio. Não-cumulatividade tributária, p.410. In "Não-Cumulatividade Tributária. MACHADO, Hugo de Brito. São Paulo: Dialética, 2009.

[7] FERNANDES, Edison Carlos; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Não-cumulatividade do PIS e da COFINS – Implicações contábil, societária e fiscal.

[8] Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

[9] Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

[10] FERNANDES, Edison Carlos; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Não-cumulatividade do PIS e da COFINS – Implicações contábil, societária e fiscal. Quartier Latin, São Paulo: 2007

A LEGITIMIDADE NA AÇÃO REPETIÇÃO DO INDÉBITO ENVOLVENDO IMPOSTOS INDIRETOS

LORENA NUNES DE LIMA: Graduação em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB. Pós-graduada em Direito Tributário pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA.

PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA

(Orientador)

RESUMO: Este trabalho pretende evidenciar as consequências em torno da questão da legitimidade na ação de repetição do indébito envolvendo impostos indiretos, para isso identificam-se os preceitos constitucionais, especialmente os princípios constitucionais tributários que corroboram para o deslinde do tema e, da mesma forma, analisam-se as normas infraconstitucionais, especialmente o Código Tributário Nacional. Buscou-se, durante este trabalho, base legal, jurisprudencial e, principalmente, doutrinária sobre o tema, com o objetivo de tentar se encontrar quem é parte legítima para a restituição de indébito pago a título de tributo nos casos dos tributos indiretos. Para isso foram abordados também os temas da classificação de tributos em diretos e indiretos, da existência do contribuinte de fato e do contribuinte de direito e a respeito da inconstitucionalidade do artigo 166 do Código Tributário Nacional. Diante disso, percebeu-se que o que a legitimidade para pleitear a ação de repetição do indébito é do sujeito passivo da relação tributária, exceto no caso específico dos impostos indiretos cobrados pelas concessionárias públicas, que repassam claramente tal ônus, tendo inclusive tal repasse base na Lei 8.987/95.

Palavras-chave: Impostos indiretos. Contribuinte de fato e contribuinte de direito. Legitimidade na ação de repetição do indébito.

ABSTRACT: The present research aims to highlight the consequences around the issue of legitimacy repetition for overpayment of indirect taxes

lawsuit. To explain the theme the constitutional precepts are identified, including constitutional tributary principles and the under constitution standards, especially the Brazilian tributary code. The research is made with support in law, jurisprudence and doctrine. The goal is to investigate who is legitimate part for overpayment of indirect taxes. The study analyzes the classification of direct and indirect taxes; the function of taxpayer actually and the function of taxpayer to the law; and the unconstitutionality of article 166 Brazilian tributary code. Thus, the research realizes legitimacy to plead repetition for overpayment lawsuit is taxable, except indirect taxes charged by public concessionaires, it retraces the onus in accordance with 8.987/95 Brazilian law.

Key word: Indirect taxes. Taxpayer actually and taxpayer of law. Legitimacy in the repetition for overpayment of indirect taxes lawsuit.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2. IMPOSTO INDIRETO, CONTRIBUINTE DE FATO E CONTRIBUINTE DE DIREITO. 2.1 BREVE CONCEITO DE TRIBUTO E ALGUMAS CLASSIFICAÇÕES. 2.2 A CLASSIFICAÇÃO DE IMPOSTO DIRETO E IMPOSTO INDIRETO. 2.3 A CLASSIFICAÇÃO DE CONTRIBUINTE DE DIREITO E CONTRIBUINTE DE FATO. 2.4 REPERCUSSÃO ECONÔMICA, PREÇO E SALES TAXES. 3. AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. 3.1 CONCEITO E CABIMENTO. 3.2 DA PROVA. 3.3 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 166 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. 4 LEGITIMIDADE PARA REPETIÇÃO DO INDÉBITO ENVOLVENDO IMPOSTOS INDIRETOS. 4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS. 4.2 NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. 4.3 NAS RELAÇÕES COM CONCESSIONÁRIAS PÚBLICAS.

INTRODUÇÃO

O sujeito passivo tem direito a repetir indébito pago a título de tributo, esse pode ingressar com uma ação de repetição do indébito buscando reaver determinada quantia paga indevidamente ao Fisco. Porém, tratando-se de impostos indiretos isso se complica, posto que o encargo do

tributo não é pago pelo sujeito passivo, mas, sim, pelo consumidor final. E, apesar de o Código Tributário Nacional não ter explicitado tal classificação de impostos em diretos e indiretos, ele traz, em seu artigo 166, texto em que se pode depreender a adoção dessa classificação.

Dessa forma, o autor da ação de repetição do indébito que pleiteie a devolução de impostos indiretos deverá provar que assumiu o encargo tributário ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, encontrar-se por este expressamente autorizado a recebê-lo. O que na prática dificulta a restituição do tributo, posto que já que há, em caso de repercussão do encargo financeiro de tributo indireto, a necessidade de produção de prova pra ser considerada parte legítima da ação repetitória.

Outro problema que decorre de tal artigo é quando o sujeito passivo não tem interesse na restituição de indébito pago a título de tributo, pois o encargo deste é transferido a um terceiro que não deixará de usufruir determinado serviço ou mercadoria ou produto, em função do aumento do preço cobrado, em função da sua essencialidade.

Como ocorre, por exemplo, com o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviço repassado para o consumidor final pelas empresas de energia elétrica, que não tem interesse em questionar um determinado tributo, já que o ônus é repassado a terceiros e estes, os usuários de seus serviços, não vão deixar de sê-lo.

Para Hugo de Brito Machado, as imposições do artigo 166 do Código Tributário Nacional configuram-se como um

“obstáculo à restituição de tributo indevidamente pago, o art. 166 do CTN é de flagrante inconstitucionalidade. É forma indireta de violação da garantia de que nenhum tributo será cobrado sem que tenha sido criado por lei. Lei válida, obviamente. Qualquer forma de evitar a restituição do tributo indevidamente pago é, sem dúvida, validação de cobrança indevida, de cobrança ilegal, ou inconstitucional, que não pode ser tolerada pelos que

respeitam o Direito e, sobretudo, a supremacia da Constituição" (MACHADO, 2011, p.485).

No entanto, ressaltamos a importância da exigência da autorização do terceiro que sofreu o encargo tributário (contribuinte de fato), porque isto evita um possível locupletamento do tributo restituído pelo contribuinte de direito.

Uma parte da doutrina defende que a classificação de contribuinte direto e contribuinte de fato é errada, como Luís Cesar Souza de Queiroz que afirma, em seu livro *Sujeição Passiva Tributária* (QUEIROZ, 1999, p. 181-182), que

"no plano da linguagem da Ciência do Direito, só há um contribuinte, o redundantemente denominado de *contribuinte de direito*. A outra pretensa espécie (*contribuinte de fato*) não tem espaço em termos jurídicos. É figura inteiramente estranha ao Direito, que para ser utilizada demandaria o seguinte (e estranho) esclarecimento: o conceito de *contribuinte de fato* é conceito que nada tem que ver com o conceito jurídico (utilizado na linguagem da Ciência do Direito) de contribuinte (*contribuinte de direito*)."

No entanto, em alguns casos, há que se reconhecer, que quem de fato paga o imposto fica a mercê do interesse do contribuinte de direito, que pode optar por não questionar determinado imposto judicialmente, ou até administrativamente, ficando assim o contribuinte de fato obrigado, por exemplo, a pagar imposto indevido ou a maior, sem poder questioná-lo nem reavê-lo.

Diante dessa realidade, este estudo questiona: É possível, no Brasil, a classificação de impostos diretos e indiretos? Quem está legitimado para ajuizar uma ação de repetição de indébito nos casos de impostos indiretos? Pode-se, assim, classificar, no caso de tributos indiretos, os contribuintes em contribuintes de fato e contribuintes de direito? O artigo 166 do Código Tributário Nacional é inconstitucional, por impedir a

restituição de tributo indevido? Numa relação de consumo em que o sujeito passivo não deseja questionar determinado imposto, poderia o consumidor final fazê-lo? Nos casos de concessionária pública ser sujeito passivo da relação jurídico-tributária, já é cediço que o contribuinte de fato (consumidor final) tem legitimidade para ajuizar ação de repetição do indébito tratando-se de impostos indiretos?

A legitimidade nas ações de repetição do indébito quando se trata de impostos indiretos ainda é muito controvertida. Pois, nesses impostos, há um contribuinte que paga o tributo ao Fisco e outro contribuinte que efetivamente arca com seu ônus econômico. Diante dessa realidade, vários problemas surgem em decorrência disso, já que pode ocorrer de ser tão difícil para o contribuinte que transferiu o ônus a terceiro conseguir sua autorização posterior para ajuizar uma ação de repetição do indébito, que tal contribuinte acabe por desistir da ação e o Fisco permaneça, dessa forma, com um tributo pago indevidamente, gerando dessa forma um enriquecimento ilícito para o Estado, se de fato aquele tributo não era devido.

Outra questão que se impõe é aquela em que os sujeitos da relação jurídico-tributária se confundem, como no caso das concessionárias públicas, em o Estado é sujeito passivo e sujeito ativo simultaneamente, hipótese que tais concessionárias não arcam com o ônus tributário e os impostos são repassados para o consumidor final. Será que nesta situação uma concessionária se preocuparia com a repercussão econômica sofrida pelo consumidor final e ajuizaria uma ação visando à restituição de tributo cobrado de forma errônea?

Por se constituir uma injustiça para as pessoas que consomem serviços, mercadorias, produtos... e pagam por impostos que não existem ou pagam mais do que o devido é que tal tema deve ser investigado, para que se acabe com tal absurdo.

Esta pesquisa oferecerá uma importante contribuição para a sociedade, porque dará a ela a possibilidade de questionar sobre os tributos pagos de forma errada, mesmo quando não for o contribuinte de direito. Desta maneira, possibilitará ao contribuinte de fato, que é quem

sofre a repercussão econômica, questionar se determinado tributo é devido ou não.

Pesquisar este tema é de total relevância, posto que repercute tanto na vida prática dos consumidores finais, como já foi dito, quanto na Ciência do Direito, que poderá evoluir debruçando-se sobre os aspectos teóricos da legitimidade para propor ação repetitória quanto aos impostos indiretos. Certamente esse tema já foi discutido, mas, hodiernamente, ainda é um tema polêmico, cuja doutrina ainda não está pacificada e a jurisprudência sinaliza mudanças a seu respeito.

Para chegar a uma conclusão sobre este tema, ter-se-á que analisar amplamente a doutrina mais tradicional de Direito Tributário e Direito Constitucional Tributário, doutrinas mais modernas, que certamente poderá trazer desdobramentos interessantes sobre este problema. E, assim, concluir sobre os problemas trazidos neste trabalho.

Este estudo estrutura-se sobre uma pesquisa bibliográfica, visando um estudo sistemático com base no material publicado de maior respaldo, descrevendo a posição doutrinária acerca do tema.

2 IMPOSTO INDIRETO, CONTRIBUINTE DE FATO E CONTRIBUINTE DE DIREITO

2.1 BREVE CONCEITO DE TRIBUTOS E ALGUMAS CLASSIFICAÇÕES

Preliminarmente, é importante ressaltar o conceito de tributo, que diante de inúmeras controvérsias doutrinárias, acabou sendo regulamentado em lei, no artigo 3º do Código Tributário Nacional, acatado atualmente pela maioria da doutrina, como, por exemplo, pelo doutrinador Hugo de Brito Machado, que acredita que não é função da lei estabelecer conceito, mas que diante de divergência doutrinária isso pode se fazer necessário; esse autor também acredita que existindo norma jurídica estabelecendo o conceito de tributos, as antigas controvérsias doutrinárias estariam ultrapassadas (MACHADO, 2011, p.55-56). Mas a definição de tributo em lei não é totalmente aceita pela doutrina; Luciano Amaro entende que apesar da Constituição da República de 1988 em seu artigo

146, inciso III, alínea “a”, permitir que lei complementar^[1] defina tributos, isso deveria ser uma atividade doutrinária, já que para ele, o conceito de tributo expresso em lei (Código Tributário Nacional) é redundante, lacunoso e, ainda, mau escrito.

O artigo 3º do Código Tributário Nacional preceitua que

“tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Assim, segundo esse artigo, tributo é (a) uma prestação de natureza pecuniária; b) é obrigatório, logo se exclui a vontade das partes, podendo-se concluir, assim, que esse advém de uma obrigação jurídica legal; c) cujo conteúdo é expresso em moedas, dessa forma inviabilizando-se a cobrança de tributo *in natura* ou *in labore*, ou seja, que tenha como conteúdo mercadoria ou prestação de serviço, o que segundo Luciano Amaro seria uma redundância, pois ao afirmar-se que o tributo é uma obrigação pecuniária esta ideia já estaria clara (AMARO, 2011, p. 41); nessa parte o artigo dá-se a alternativa, além de moeda, que seja algo cujo valor possa ser expresso em moeda, para Hugo de Brito o artigo se refere aqui à possibilidade de extinção de crédito mediante dação em pagamento (MACHADO, 2011, p. 58), já para Paulo de Barros essa expressão ampliou demais o conceito de tributo, pois praticamente a totalidade dos bens pode ser medida monetariamente (CARVALHO, 2010, p. 57), enquanto que para Luciano Amaro essa parte não acrescenta nada ao conceito de tributo (AMARO, 2012, p.42); d) o tributo também não pode constituir penalidade, dessa maneira, o artigo impõe que o tributo não derive de medida sancionatória, mas somente de hipótese de incidência lícita; e) a instituição de tributo se dá exclusivamente através de lei; f) e deve ser arrecadado através de atividade administrativa plenamente vinculada, devendo assim a autoridade administrativa estar restrita a lei, não podendo agir discricionária ou arbitrariamente.

Esclarecendo-se, hipótese de incidência tributária é “a hipótese da lei tributária. É a descrição genérica e abstrata de um fato. É a

conceituação (conceito legal) de um fato: mero desenho contido num ato legislativo” (ATALIBA , 2012, p. 59).

Luciano Amaro ressalta que no conceito legal faltou se estabelecer quem é o credor da prestação pecuniária, pois tal omissão poderia acarretar que se confundisse a obrigação tributária com outra impostas no ordenamento jurídico, *exempli gratia*, o pagamento natalino feito pelo empregador aos empregados (AMARO, 2012, p. 44).

Em função das queixas feitas por Amaro ao artigo 3º do Código Tributário Nacional, este cria seu próprio conceito de tributo: “Tributo é toda prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público” (AMARO, 2011, p. 46).

O tributo se subdivide em algumas espécies, o Código Tributário Nacional em seu artigo 5º traz 3 espécies tributárias: impostos, taxas e contribuições de melhoria. A doutrina não é uníssona nesse quesito; há diversas classificações das espécies de tributos. Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 406-407) opta por essa classificação intranormativa, dividindo tributo nas três espécies trazidas pelo já mencionado artigo 3º do Código Tributário Nacional e também pelo artigo 145 da Constituição, não acreditando ele haver contribuições sociais e empréstimos compulsórios enquanto espécie tributária autônoma, uma vez que podem ser classificadas ora como taxas ora como tributos. Já Hugo de Brito enumera quatro espécies tributárias, sendo tais espécies: impostos, taxas, contribuições de melhoria e contribuições sociais (MACHADO, 2011, p. 64). E há outra parte da doutrina que inclui empréstimo compulsório como sendo uma quinta espécie de tributo. Dentre esta última parcela da doutrina filia-se Luciano Amaro, que ainda detalha mais as subespécies tributárias incluindo, além das espécies trazidas pelo Código Tributário Nacional, as espécies arroladas pela Constituição da República: pedágio, empréstimo compulsório e contribuições sociais econômicas e corporativas (AMARO, 2011, p. 71).

Amaro (2011, p. 49) salienta a importância da classificação das espécies tributárias, pois em dados momentos uma classificação errônea

pode levar a uma aplicação diferente ou mesmo inviabilizar a cobrança tributária. Noutra vertente, Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 409) se posiciona no sentido de admitir outros tipos de classificação quanto às espécies tributárias, excetuando apenas associação de critérios diferentes para criar uma única classificação; de forma que para ele a criação de classificações deve ser livre, desde que se tenha atenção ao direito positivo.

Ultrapassada a classificação quanto às espécies tributárias feita acima, há diversas outras classificações que variam na doutrina. Hugo de Brito Machado (2011, p. 67), além de classificar os tributos quanto à espécie, os classifica também quanto à competência impositiva, quanto à função e quanto à vinculação com a atividade estatal. Enquanto Geraldo Ataliba classifica o tributo somente quanto a esta última classificação feita também por Hugo de Brito, ou seja, quanto à vinculação com a atividade estatal considerando a hipótese de incidência do tributo, dividindo assim os tributos em dois grupos: tributos vinculados e tributos não vinculados (ATALIBA, 2012, p. 123). Paulo de Barros Carvalho, além da classificação intranormativa citada acima, também se filia ao pensamento de Geraldo Ataliba que subdivide os tributos em 2 grandes grupos a depender da atividade estatal relacionada ao contribuinte, mas diferente de Ataliba, Paulo de Barros crê que seja possível outras classificações (CARVALHO, 2011, p. 406-409). Já o autor Shoueri explica praticamente todos os critérios de classificação de tributos, passando por algumas como tributos fixos ou variáveis, seletivos ou não seletivos, inclusive um critério financeiro, que subdivide os tributos incidentes em renda produzida, renda distribuída, renda poupada ou renda consumida, e outra classificação que separa os tributos em reais e pessoais (SHOUERI, 2012, p. 146 e ss.).

Assim, pode-se perceber que existem diferentes tipos de classificações, todas elas agrupando os tributos de acordo com suas características, com o fim de cada espécie se tornar mais compreensível, mais didática, e/ou mais coerente. Algumas classificações podem ter grande impacto na vida prática, influenciando no comportamento e até mesmo na justiça com que é tratado, no caso, um fato relacionado a um determinado tributo.

Apesar das inúmeras divergências da doutrina, as discussões em torno dos pontos conflitantes são de extrema importância, posto que ao se debruçar sobre um determinado tema, pode-se analisá-lo a fundo e, assim, evoluir em relação a ele, muitas vezes chegando até a um consenso.

Analisaremos neste trabalho uma classificação ainda bastante controvertida na doutrina e na jurisprudência: a classificação de tributos diretos e indiretos, especificamente a subespécie: imposto, dessa forma nos restringiremos a estudar particularmente sobre a possibilidade de classificar impostos em direto ou indireto.

Imposto, segundo a definição legal (artigo 16 do Código Tributário), é um tributo de exação não vinculada, ou seja, é uma espécie tributária que não depende de prestação estatal, assim, sua hipótese de incidência é totalmente dissociada de uma atividade do Estado. Há ainda dentro de impostos uma subdivisão que Hugo de Brito Machado Segundo faz menção: impostos sobre o consumo, impostos sobre a renda e impostos sobre o patrimônio (MACHADO SEGUNDO, 2011, p. 13). Paulo de Barros Carvalho subdivide os impostos de forma mais minuciosa, segundo o conteúdo material que advém da repartição de competências feita pela Constituição, ficando da seguinte forma: a) impostos que gravam o comércio exterior; b) impostos sobre o patrimônio e a renda; c) impostos sobre a transmissão, circulação e produção; d) impostos extraordinários; e) impostos previamente indeterminados (CARVALHO, 2010, p.69-70).

Hugo Machado (2011, p. 64) explana que “a expressão vinculada, com que se qualifica o imposto, nada tem a ver com a qualificação da atividade administrativa *vinculada*, na definição legal de tributo. Quando se diz que o imposto é uma exação não vinculada, o que se está afirmando é que o fato gerador do imposto não se liga a atividade estatal específica relativa ao contribuinte. Quando se fala de atividade administrativa vinculada, no artigo 3º do Código Tributário Nacional, o que se quer dizer é que a atividade administrativa tributária é sempre vinculada à lei, não se admitindo discricionarismos da autoridade administrativa na cobrança de tributos”.

2.2 A CLASSIFICAÇÃO DE IMPOSTO DIRETO E IMPOSTO INDIRETO

A classificação de impostos em diretos e indiretos ainda é muito controvertida tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, de modo que se faz imprescindível analisar o que diferentes autores teorizam sobre essa classificação e como tem se posicionado a jurisprudência. Ressalta-se que não há só dissenso sobre a validade da classificação, também, mesmo entre os que concordam com a classificação, não é unânime o critério utilizado para qualificar os impostos dessa forma.

A maioria dos doutrinadores, independente se contra ou a favor dessa classificação de impostos, analisam os impostos indiretos levando em conta sua repercussão econômica, assim estes doutrinadores utilizam tal parâmetro para rechaçar essa qualificação de impostos, enquanto aqueles utilizam a repercussão econômica para dividir os impostos em duas classes.

Isso posto, de acordo com a repercussão econômica (ou translação), imposto indireto é aquele que tem seu ônus transferido para terceiro diferente do sujeito passivo. Assim, inicialmente, pode-se afirmar que apesar do contribuinte encaminhar o valor pecuniário ao Fisco, quem sofre diminuição patrimonial é outra pessoa, estranha a relação jurídico-tributária.

A contrario sensu, imposto direto é aquele que é suportado por um único sujeito, este, em princípio, não transfere o ônus a terceiro, ou pelo menos não está autorizado por mandamento legal a fazê-lo, sendo assim o único a figurar no polo passivo da relação jurídico-tributária, dessa forma a mesma pessoa que sofre a incidência do tributo é quem figura na obrigação tributária no polo passivo.

Ocorre que esse critério pode levar a alguns equívocos, principalmente quando utilizado sozinho, porque é um conceito eminentemente das ciências econômicas, que têm regras diferentes do Direito Tributário, como, por exemplo, a lei da oferta e da procura.

Hugo de Brito Machado assevera que a questão de o imposto ser suportado por terceiro que não o sujeito passivo não permite classificar os impostos categoricamente, para ele, só se analisando o caso concreto pode-se afirmar se há a repercussão econômica. Para confirmar sua tese, ele traz alguns exemplos: a) a venda da mercadoria a preço de custo ou

menos; b) o profissional liberal que dá “desconto” se o comprador não quiser nota fiscal; c) o proprietário que cobra do locatário o Impostos Predial Territorial Urbano, seja explícita ou ocultamente (MACHADO Coord., 2013, p. 182).

Com esses exemplos, o autor mostra que mesmo o imposto sendo classificado como indireto, não estaria presente o fenômeno da repercussão econômica, posto que há uma única pessoa figurando no polo passivo, sendo o sujeito passivo aquele que também sofre a diminuição patrimonial, que é o que acontece no exemplo “a”. É inquestionável que mesmo se tratando de impostos indiretos, nem sempre ocorre a translação, o que pode ser provado pelo contribuinte de direito, de forma que, por exemplo, este poderá pleitear a restituição de indébito sem qualquer autorização do contribuinte de fato.

E nos casos hipotéticos trazidos em “b” e “c”, o doutrinador demonstra que mesmo os impostos classificados como diretos podem repercutir economicamente, no caso “b”: o desconto seria, na verdade, parte do Imposto de Renda que o profissional liberal não recolherá por não declarar aquele valor em sua declaração de rendimentos, mostrando assim que apesar de o Imposto de Renda ser classificado, pelos que aderem a tal classificação, como imposto direto, este em alguns casos pode repercutir economicamente em terceiro. É o que se dá também no exemplo “c”, em que o sujeito passivo da relação jurídico-tributária é o proprietário do imóvel urbano, mas este repassa o valor para o locatário do imóvel, seja embutindo no preço do aluguel o valor do imposto ou explicitamente através de contrato estipula que o locatário deverá arcar com o ônus tributário da imóvel, dessa forma também um imposto classificado como direto (Imposto Predial Territorial Urbano) pode ter seu ônus repassado para terceiro.

Ocorre que se considerando as duas últimas hipóteses (“b” e “c”), pode até haver a transferência econômica do encargo tributário, mas não se dará a transferência jurídica, posto que não há autorização na legislação tributária que permita a translação, como é o caso do artigo 166, que reconhece a repercussão no âmbito dos impostos indiretos. Dessa forma a

relação entre o contribuinte de imposto direto e um terceiro que arque com seu ônus acontece no plano do direito civil.

O doutrinador Hugo de Brito entende que ao se classificar impostos como diretos e indiretos está se considerando dados metajurídicos, de forma a misturar equivocadamente o fato da realidade com o fato jurídico; para ele é impossível tal classificação porque não há um critério seguro para avaliar se o tributo é suportado financeiramente por terceiro ou não, de forma que pode acontecer de tributos classificados com diretos terem seu ônus repassado à pessoa estranha à relação jurídica tributária (MACHADO, 1995, p. 32-33).

Na mesma linha, Geraldo Ataliba defende que a classificação de imposto em diretos e indiretos não é jurídica, mas, sim, relativa à ciência das finanças, e ressalta que apesar de tal classificação ser importante em outros países, no Brasil não é aplicável, exceto para interpretar algumas normas de imunidade ou isenção. Ataliba ainda informa que a qualificação do imposto como direto ou indireto pode mudar de acordo com a conjuntura econômica, sem que haja nenhuma alteração legal (ATALIBA, 2012, p. 143).

Imposto indireto é aquele que quem arca com o ônus da tributação é uma terceira pessoa, ou seja, o contribuinte que pagará o tributo ao Fisco transfere o encargo para outro, que seria estranho à relação jurídica, isso autorizado por mandamento legal, mas como o próprio mandamento legal autoriza tal fato, isso seria mais uma permissão legislativa, e não algo estranho à ciência jurídica.

Assim, ressalta-se que se há uma turbção social que leve frequentemente as pessoas a procurarem o judiciário, por que não o legislador tentar resolver tais lides através de uma norma? E havendo norma que tutele tal direito, por que ao invés de manter-se inflexível tentando separar diferentes ciências, não se interpretar a norma de forma teleológica?

Henrique Tróccoli Júnior (2010, p. 83) entende ser relevante a classificação dos impostos em diretos e indiretos, pois para ele isso está presente em norma jurídica, no artigo 166 do Código Nacional Tributário,

que autoriza que a pessoa que arca com o encargo tributário seja diferente da que do sujeito da obrigação tributária, trazendo também a figura do contribuinte de fato e do contribuinte de direito.

José Mörschbacher (1998, pp. 38-39) traz, além dos elementos para validar a classificação no Direito Tributário, traz também como se dá essa classificação em outras áreas, mostrando, segundo ele, o porquê da confusão entre matérias e/ou ciências diferentes, apesar de este acreditar ser possível a classificação de impostos em diretos e indiretos no Direito Tributário.

De forma contrária, Hugo de Brito Segundo acredita que esta classificação tem relevância jurídica, inclusive para ele não está claro o critério usado por alguns doutrinadores para afastar tal classificação da ciência jurídica, pois ele reconhece que em certos tributos a qualificação de indiretos poderia ter relevância jurídica; apesar de concordar que no Brasil o estudo doutrinário sobre o assunto é superficial e na jurisprudência não é tratado de forma uniforme e coerente (MACHADO SEGUNDO, 2011, p. 9-10).

Ainda no mesmo livro, Hugo Segundo (2011, p. 15) ressalta que nem sempre o encargo financeiro do imposto classificado com indireto é repassado para o consumidor, assim como pode acontecer de um imposto direto ter seu ônus transferido para terceiro e constata a dificuldade prática de se provar se o encargo foi repassado.

Dessa forma, Hugo Segundo vai além e salienta a dificuldade da comprovação fática da repercussão econômica, ressaltando o fenômeno da *difusão do imposto* (MACHADO SEGUNDO, 2011, p. 16). Que o imposto tanto pode ser transferido pelo sujeito passivo da relação jurídico-tributário a terceiro como ser suportado pelo próprio, isto já está demonstrado através dos exemplos supracitados. Mas e se o imposto não for inteiramente suportado por nenhum desses dois sujeitos, mas, sim, parcialmente por ambos? Eis o problema que é denominado de *difusão do imposto*.

Comumente, obedecendo às leis de mercado, oferta e procura, o vendedor só repassa parcialmente os impostos dele cobrados. Assim se cobrava-se um valor “x” por determinada mercadoria e com o aumento de um importos cada unidade vai custar mais “y”, pode ser que o comerciante cobre do comprador “x+y”, o que se configuraria nitidamente a repercussão econômica, ou simplesmente não repasse tal ônus para seu cliente, continuando assim a cobrar “x” pela mercadoria, dessa forma arcando ele mesmo com o ônus do imposto, ou ainda pode ocorrer a *difusão do imposto*, dessa forma, ele pode cobrar “x+y/2”, transferindo só metade do ônus ao consumidor final, ou “x+y/3”, “x+y/4”, “x+y/5”... Com isso demonstra-se a dificuldade comprobatória dessa classificação, por estar intimamente ligada a elementos econômicos.

Aliomar Baleeiro (2010 apud MACHADO SEGUNDO, 2011, p. 17) ressalta que neste caso é imprescindível se analisar-se quanto a procura do objeto, se é elástica ou rígida, procura elástica seria aquela que varia por não serem coisas essenciais, enquanto a procura rígida seria aquela de coisas fundamentais de primeira necessidade, como alimentação e vestuário básicos. Tal fator influenciaria no repasse do encargo tributário para o consumidor final, já que nos produtos essenciais os impostos poderiam quase sempre serem repassados, já que sempre são adquiridos, mas quanto aos produtos supefluos, o comerciante vai repassar ou não o imposto a depender da procura, que pode ser influenciada por moda entre outros fatores.

As concessionárias de serviços públicos prestam muitas vezes serviços de natureza essencial, em que não é uma opção o consumo, mas uma necessidade, podendo assim classificar-se a procura de tais serviços como uma procura rígida. Neles os impostos podem estar nitidamente embutidos em função de normas jurídicas, o que será retomado mais detalhadamente no capítulo 4 deste trabalho.

Como define Hely Lopes Meirelles, serviço público é “todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES, 2003, p. 319 apud Zanela, 2007, p. 87).

O doutrinador José Mörschbacher (1998, pp.22-23) também acredita que a repercussão econômica é um critério ineficiente para se classificar os impostos em diretos e indiretos, posto que, para ele, praticamente todos os impostos, senão todos, repercutem economicamente, assim tal critério serviria apenas como um forma de se saber se um imposto já classificado como indireto teve seu ônus transferido nos casos de pagamento indevido.

Assim, fica claro que apesar de alguns doutrinadores e principalmente a posicionarem-se no sentido de a repercussão econômica ser a "pedra de toque" para a classificação de imposto em diretos e indiretos, na verdade tal classificação não é tao simples, tendo que se levar em conta outros fatores para torná-la segura.

Mas há outros critérios para se classificar os impostos em diretos e indiretos. Para Marco Aurélio Greco (1983 apud MACHADO SEGUNDO, 2011, p. 20-21), são requisitos essenciais para que haja a transferência do ônus tributário: a) a dualidade de sujeitos, de forma que o fato gerador constitua uma operação; b) e que o contribuinte seja o início de uma cadeia econômica. Ressalta também que se deve analisar conjuntamente a Constituição da República, o Código Tributário Nacional e a legislação ordinária para que se possa saber se o tributo permite a transferência do encargo.

Tais conclusões de Marco Aurélio serviram no Embargo em Recurso Especial número 168.469/SP para se contestar que as contribuições previdenciárias não são tributos indiretos.

Mas, como afirma tanto Hugo Segundo (2011, p. 21) quanto Paulo Pimenta (2013, p.357), os elementos usados por Marco Aurélio ainda deixam o conceito de impostos indiretos muito amplo, posto que existem inúmeros impostos, cujo fato gerador é uma operação, como por exemplo o ITCMD relativo às doações (MACHADO SEGUNDO, 2011, p. 21).

Hugo Machado Segundo (MACHADO Coord., 2013, p. 213-214) define tributos indiretos como aqueles em que o sujeito passivo não é quem tem a capacidade contributiva atingida pela tributação, como regra geral,

estes são os consumidores e os sujeitos passivos são os vendedores e produtores de mercadorias ou prestadores de serviços. Trazendo de certa forma a ideia de “contribuinte de fato” e “contribuinte de direito”, que será detalhada no próximo tópico (2.3).

Este autor (MACHADO SEGUNDO, 2011, p. 97) propõe uma forma para se resolver as polêmicas quanto à classificação de impostos indiretos que seria se definir legalmente a existência de sujeição passiva em relação a três impostos (Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza, Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços e Imposto sobre Produtos Industrializados), de forma a estabelecer o consumidor como contribuinte de direito e os produtores e comerciantes, seus responsáveis. Ressalta-se que um mandamento legal não poderia mudar a natureza específica de um imposto, resalvando-se a efetiva alteração da relação jurídico-tributária (MÖRSCHBÄCHER, 1998, p. 29). Esta ressalva parece ser a intenção de Hugo Machado Segundo.

No entanto, nos parece mais acertado e simples os critérios utilizados pelo autor Paulo Pimenta que considera a incedência sobre negócios jurídicos; a plurifasia; e a não cumulatividade.

Paulo Pimenta (MACHADO Coord., 2013, p. 357), a partir do conceito supracitado de Marco Aurélio Greco em que este defende com base no artigo 166* do Código Tributário Nacional, que a “transferência” que este artigo se refere já traz a ideia de pluralidade de sujeitos e de ciclo econômico, restringe ainda mais tal conceito trazendo o critério da não cumulatividade.

A não cumulatividade existe para garantir que se o imposto já incidir sobre o insumo, tal imposto não deve incidir novamente sobre o produto final, evitando que os encargos se sobreponham a cada operação (MACHADO, 2011, p. 339). Utilizando esse princípio constitucional, Paulo Pimenta consegue delimitar os impostos que realmente são indiretos, já que o conceito trazido por Marco Aurélio é muito amplo, possibilitando até classificar como indiretos tributos diretos, como o Imposto sobre Operações Financeiras. Dessa forma, para Paulo Pimenta, são indiretos o Imposto sobre Produto Industrializado e o Imposto sobre a Circulação de

Mercadorias e Serviços, com amparo constitucional nos artigos 153, §3º, II e 155, §2º, I da Constituição da República.

Como Paulo Pimenta (MACHADO Coord., 2013, p. 361) conecta a não cumulatividade a definição de impostos indiretos, para eles são impostos indiretos apenas o Imposto sobre os Produtos Industrializados e o Imposto sobre a Circulação de Serviços e Mercadorias.

Já para Hugo Segundo (MACHADO SEGUNDO, 2011, p. 97), que não concorda em se atrelar o critério da não cumulatividade à classificação de imposto em diretos e indiretos, seriam indiretos: o Imposto sobre o Serviço, apenas quando incidente sobre o valor do serviço, o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços e o Imposto sobre os Produtos Industrializados, posto que para ele geralmente o consumidor final de todos esses impostos arcam de forma indireta com seu ônus.

Ressalta-se que o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza pode ser ora indireto ora direto a depender de sua base de cálculo, quando está for incidente sobre o preço do serviço, estará se tratando de imposto indireto, posto que o encargo tributário pode ser transferido ao tomador do serviço. Mas quando esse imposto é cobrado em valores fixos, como é o caso das sociedades profissionais liberais, ele assume a natureza de imposto direto, não podendo, dessa maneira, ocorrer a translação do encargo tributário.

Nesse ponto Hugo Segundo concorda com alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça, como por exemplo, o AgRg no Ag 692.583/RJ, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e REsp 724.684/RJ, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Faz-se importante analisar-se também a evolução jurisprudencial a respeito do tema. A Súmula 71 do Supremo Tribunal Federal trazia o seguinte entendimento a respeito dos impostos indiretos: "Embora pago indevidamente, descabe restituição de tributo indireto". Essa Súmula foi aplicada durante anos, mas já foi finalmente superada. Segundo o entendimento dessa súmula quando o ônus tributário for repassado para um terceiro, se depois for detectado o pagamento indevido, ainda assim

não haverá a devolução do valor pago indevidamente, nem para o sujeito passivo da relação, nem para o consumidor final.

A Súmula 71 do Supremo Tribunal Federal é de flagrante inconstitucionalidade, posto que permite que o Estado se locuplete de valores tributários. Se foi pago um imposto não devido, o Fisco não tinha direito de receber tal valor, logo estaria obrigado a devolvê-lo, o que a tal súmula impediu por anos.

Ressalta-se que aqui não se aplica as normas de Direito Civil quanto ao pagamento indevido, mas, sim, as normas de Direito Tributário. Aplicando-se dessa forma o artigo 165 do Código Tributário Nacional, que segue

Artigo 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Informa-se que a Súmula 71 do Supremo Tribunal Federal se pautava num entendimento já ultrapassado, assim como esta súmula, de que não podendo se precisar quem efetivamente pagou o tributo indireto de forma indevida, o Estado deveria ficar com este valor, pois, segundo tal entendimento seria melhor do que se pagar o imposto para quem não arcou com seu ônus. Tal entendimento é um absurdo, já que o Estado em hipótese nenhuma pode ficar com um imposto indevido. Inclusive ressalta-

se que com a aplicação dessa súmula o Estado poderia se aproveitar dela para criar impostos indiretos com a finalidade de auferir o ônus destes, pois mesmo que se reconhecesse posteriormente que não deveriam ser cobrados, o Estado segundo essa malfadada súmula não teria a obrigação de restituí-los, o que fugiria totalmente dos preceitos do Estado de Direito.

Posteriormente, foi editada a Súmula número 546 do Supremo Tribunal Federal, que trazia o seguinte enunciado: "Cabe a restituição de tributo pago indevidamente quando reconhecido por decisão que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo".

Para Henrique Tróccoli,

"a súmula evidencia o teor do artigo 166 do Código Tributário Nacional. Estabelece em nosso entendimento as regras para uma exação: a legitimidade do contribuinte de direito para a repetição do indébito de tributo indireto. Nada estabelece explicitamente sobre a legitimidade do contribuinte de fato. Estabelece apenas que, para o contribuinte de direito lograr o reconhecimento de seu direito subjetivo à repetição, deve comprovar não ter repassado o encargo tributário ou estar por quem o assumiu autorizado a recebê-lo de volta" (TRÓCCOLI JÚNIOR, 2010, p. 91).

Reconhece-se que houve uma evolução imensa se analisarmos as Súmulas 71 e 546 ambas do Supremo Tribunal Federal, apesar de entendermos que ainda tem que se evoluir, tanto no âmbito jurisprudencial, quanto na doutrina, principalmente quando se trata da análise da questão do repasse do ônus tributário de impostos indiretos feito pelas concessionárias públicas.

Urge comentar-se sobre a importância de se ter uma maior consciência em relação a incidência de impostos no Brasil, posto que muitas vezes o consumidor é de forma exorbitante cobrado em determinados

produtos ou serviços sem ter a consciência de que aquele não é o preço real do produto ou serviço mas, sim, a carga tributária que o Estado impõe. Ocorre que já saindo um pouco do campo do direito tributário e adentrando no campo das ciências política, no Brasil, o consumidor final é efetivamente onerado de forma excessiva por muitos tributos e não recebe em contrapartida os benefícios que deveriam ser fornecidas pelo Estado através do uso dos tributos arrecadados.

Tornar o consumidor ciente dos tributos incidentes sobre os produtos ou mercadoria é uma determinação constitucional, que até hoje não foi regulamentada; tal regulamentação aumentaria a cidadania fiscal, bem como possibilitaria a insurgência da população contra a carga tributária experimentada no Brasil, sem o devido retorno em bens e serviços públicos (MACHADO SEGUNDO, 2011, p. 81).

Dentre outros entraves listados por Hugo Segundo (MACHADO SEGUNDO, 2011, p. 103-108), é importante para este trabalho salientar que o legislador não pode invocar o fenômeno da repercussão para impedir que o sujeito passivo, legalmente definido, tenha restituído tributo pago indevidamente. Assim, não pode o Poder Público se aproveitar dessa classificação para não restituir imposto nenhum, posicionando-se sempre contra a o sujeito passivo e a favor do Fisco, dessa forma, pensando só em encher os cofres públicos, e não nos direitos de povo da nação brasileira.

2.2 A CLASSIFICAÇÃO DE CONTRIBUINTE DE DIREITO E CONTRIBUINTE DE FATO

Propositadamente não tínhamos tocado nesta questão até aqui, para que pudéssemos neste momento esmiuçar detalhadamente a possibilidade de se reconhecer o contribuinte de fato e o contribuinte de direito, suas consequências práticas e jurídicas.

Com a ocorrência do fato jurídico, descrito na hipótese de incidência, surge a obrigação tributária, com dois polos: o polo passivo e o polo ativo, no polo ativo figura aquele que tem direito de cobrar a prestação pecuniária (Fisco), e no polo passivo, aquele que terá que pagar tal prestação. Salienta-se que o sujeito que atua no polo passivo da obrigação tributária pode ser pessoa física ou jurídica, privada ou pública.

Geraldo Ataliba (2012, p. 76-83) ressalta a importância de se tratar a hipótese de incidência como um todo, analisando todos os seus aspectos conjuntamente, ou seja, os aspectos pessoal, material, temporal e espacial. É no aspecto pessoal que se determina o polo passivo e o polo ativo da relação jurídico-tributária. Sujeito passivo é aquele que mostra capacidade contributiva, conectando-se com o fato impositivo; no nosso ordenamento jurídico é o legislador quem estabelece tal sujeito, respeitando os contornos constitucionais. Destaca-se que muitas vezes o sujeito passivo trazido pela hipótese de incidência está implícito em função da natureza do fato jurídico, nesse caso em que a lei não é explícita, cabe ao intérprete identificá-lo.

A Constituição da República Federativa do Brasil não especificou os contribuintes das exações, de forma que ficou a cargo do legislador ordinário a estrutura da hipótese normativa e a escolha do sujeito que arcará com o ônus tributário, sendo que obviamente o sujeito eleito tem que ter relação direta e pessoal com a ocorrência objetiva (CARVALHO, 2011, p. 630-631).

Alguns impostos (impostos indiretos), em função do próprio ordenamento jurídico, permitem que o sujeito que figura a relação jurídico-tributária não tenha seu patrimônio diminuído, mas, sim, que este repasse o encargo para um terceiro, estranho a essa relação. O sujeito identificado no ordenamento jurídico seria o contribuinte de direito, aquele que está obrigado a efetivar o pagamento diante do Fisco; enquanto aquele que arca com o ônus do tributo, geralmente o consumidor final, seria o contribuinte de fato. Assim, pode-se afirmar que contribuinte de direito seria aquele que sofre a incidência jurídica e o contribuinte de fato quem arcar com a incidência financeira da tributação, não podendo este repassar tal gasto (MÖRSCHBÄCHER, 1998. p. 45). Dessa forma, para os que aderem a essa classificação, para alguns impostos é como se existessem dois sujeitos no polo passivo, sendo eles: o contribuinte de fato e o contribuinte de direito.

Os contribuintes de fato e de direito receberem diferentes nomenclaturas na doutrina, o contribuinte de direito é também denominado contribuinte legal, já o contribuinte de fato ou factual é chamado, por alguns de contribuinte econômico. Porém José José

Mörschbacher (1998, p. 46) critica a significação de ambos os termos como sinônimos (contribuinte de fato e contribuinte econômico), pois para ele contribuinte de fato é um conceito do Direito Tributário, por ser um sujeito que sofre encargo tributário de impostos indiretos, enquanto o contribuinte econômico seria aquele que sofre as consequências econômicas de qualquer incidência tributária, de forma que este contém aquele. De outra forma, Luis Dias Fernandes (2002, p. 87) se refere ao contribuinte jurídico, que seria uma expressão que abrangeria tanto o contribuinte de fato quanto o contribuinte de direito.

Muitos doutrinadores são contra essa classificação, por entenderem que ela mais atrapalha do que auxilia, já que seria extremamente difícil se identificar o denominado contribuinte de fato e se a transferência do encargo realmente se deu, já que, em muitas hipóteses, só a análise do caso concreto poderá avaliar se houve repercussão econômica.

Queremos aqui destacar que, quando nos referimos a contribuinte de fato, este não tem relação nenhum com o responsável tributário, sendo este uma figura distinta daquele. Diante disso, se esclarece com as palavras de Marcus Abraham (2000, p. 61) que

“O sujeito passivo da obrigação principal pode-se apresentar com figurações diversas – de acordo com sua ligação com o respectivo fato gerador – verificamos uma segunda modalidade de sujeição passiva tributária, qual seja, a sujeição passiva indireta ou derivada, expressa pelo inciso II do artigo 121 do Código Tributário Nacional. Para o código, sujeito passivo da obrigação tributária principal denomina-se responsável quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa em lei. Esse sujeito passivo, definido de disposição expressa em lei. Esse sujeito passivo, definido naquele dispositivo legal, é uma terceira pessoa em relação ao fato gerador do tributo. Ela é quem tem o dever jurídico de pagar o tributo; se ela não pagar, o seu próprio patrimônio é que vai

responder pela inadimplência e sofrer as sanções cabíveis”.

Para o doutrinador Luiz Cesar Souza de Queiroz (1999, p. 81) é inconcebível no plano jurídico-tributário a qualificação de contribuinte em contribuinte de fato e contribuinte de direito. Este acredita que como a norma jurídica prescreve um único sujeito que será obrigado pagar o encargo tributário, não há que se considerar a hipótese de um terceiro figurar conjuntamente no polo passivo com o sujeito legalmente estabelecido. Ressalta também que a norma impositiva traz no seu consequente a descrição do sujeito passivo da relação jurídico tributária com os devidos dados para sua identificação. Assim, pode-se depreender que tal identificação não seria tão simples se se considerasse o contribuinte de fato, posto que sua identificação não decorreria de norma jurídica, mas, como outros autores sustentam, de um cadastro pessoal do sujeito passivo legalmente reconhecido, sem o qual, em caso de indébito, ele não poderia pleitear restituição.

O mesmo autor ainda traz que o Princípio da Capacidade Contributiva impossibilita a coexistência de mais de um contribuinte no polo passivo da relação jurídico-tributária (QUEIROZ, 1999, p. 81). O princípio da capacidade contributiva é trazido pela Constituição da República em seu artigo 146, § 1º, este estabelece que a capacidade econômica do contribuinte deve ser levada em conta ao se estabelecer os impostos. Ressalta-se que é praticamente consenso na doutrina que tal princípio deve nortear não só os impostos, mas também os demais tributos, apesar do texto constitucional limitá-lo aos impostos, Como por exemplo, o doutrinador Hugo de Brito Machado (2011a, p. 39).

O autor Shoueri posiciona a capacidade contributiva dentro do princípio da igualdade. O princípio da capacidade contributiva é o princípio que permite que o cidadão contribua para as despesas estatais na medida de suas possibilidades econômicas (ZILVETTI, 1998, p. 38 apud SCHOUERI, 2012, p. 321). Não acreditamos que a capacidade contributiva seja um empecilho para que se reconheça a figura do contribuinte de fato, posto que este demonstra riqueza ao comprar um determinado produto ou pagar por prestação de serviço.

Entretanto a identificação do dito contribuinte de fato realmente seria um problema, já que quem realmente está designado como sujeito passivo da relação tributária é o contribuinte de direito. Ocorre que em caso de pagamento de indébito, o contribuinte legalmente estabelecido tem que obedecer certos requisitos para ter esse valor restituído, provando ou que assumiu o ônus , ou no caso de repasse do imposto para o consumidor, a autorização deste, segundo o artigo 166 do Código Tributário Nacional, o que analisaremos mais detalhadamente no próximo capítulo.

No tocante a repercussão jurídica, da tributação indireta e repetição do indébito Paulo Pimenta *in* Hugo de Brito Machado (2013, p. 362)

A regra geral sobre a legitimação processual para a repetição do indébito tributário está implicitamente prevista no art. 165 do CTN, que confere essa possibilidade ao sujeito passivo da relação jurídico-tributária. Já, no art. 166 o legislador a excepcionou, condicionando essa legitimidade processual à observância dos requisitos ali indicados, na linha prevista pela Súmula 546 do STF. Além disso, esse dispositivo também fornece um critério jurídico normativo para separar os tributos diretos dos indiretos: a repercussão jurídica.

Paulo Pimenta, apesar de acreditar do fenômeno da repercussão jurídica, não aceita a figura do contribuinte de fato, classificando esta como uma criação exclusiva das ciências econômicas (MACHADO Coord., 2013, p. 364), afirma que se identificar a figura do contribuinte de fato é obrigação do sujeito da relação jurídico-tributária através de cadastro próprio, pois é obrigação do desse sujeito ao transferir o encargo tributário criar meios para se identificar o consumidor, isso em função do artigo 166, caso não o faça estará impossibilitado de restituir o imposto indevido. O autor ainda ressalta que no caso de o contribuinte não poder ver o indébito repetido em função de não ter como identificar aquele para quem foi transferido o ônus tributário, isto seria decorrência de um erro seu e não acarretaria em

não obediência ao princípio da inafastabilidade do poder judiciário, trazido pelo artigo 5º, XXXV da Constituição da República.

Ocorre que em alguns casos o contribuinte de direito não tem interesse em repetir o indébito, posto que não sofreu diminuição patrimonial nenhuma, e o contribuinte de fato não tem essa legitimidade. Inclusive, José Mörschbacher (1998, p. 49) afirma que a relação jurídica material existente é, em verdade, entre o Fisco e o contribuinte de fato, ocorre que nos casos de impostos diretos o contribuinte de direito e o contribuinte de fato são a mesma pessoa, o que não ocorre na imposição indireta em que há, geralmente, a presença dos dois contribuintes em sujeitos diferentes. Diante disso questiona-se então se no caso de desinteresse por parte do contribuinte de direito não se estaria deixando de aplicar o princípio constitucional da inafastabilidade do judiciário (artigo 5º, XXXV)?

Faz-se importante muitas vezes ao se analisar um objeto nos distanciarmos um pouco dele para tentar ter uma visão mais holística, o princípio citado acima é um princípio constitucional, fazendo parte dessa forma da hierarquia máxima do nosso ordenamento jurídico, por isso devemos analisar a relação tributária discutida aqui conjuntamente com os ensinamentos da Carta Magna. Para isso salienta-se que

“o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade na ameaça do direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independente da lei especial que outorgue” (MORAES, 2007, p. 73).

Luis Dias Fernandes (2002, p. 91-93) assevera que o artigo 166 do Código Tributário Nacional, que legitimaria a figura do contribuinte de fato, não pode ser interpretado sozinho, além dos preceitos constitucionais, deve se considerar os demais artigos do mesmo código onde esse se insere, mais especificamente os artigos 121, parágrafo único, incisos I e II,

123 e 165, daí pode se verificar, segundo ele, que a figura do contribuinte de fato é um nada jurídico, posto que não existe previsão legal da existência deste.

Alguns doutrinadores seguem ainda uma corrente que defende que aquele comumente classificado com contribuinte de fato deve recorrer a esfera cível para pleitear a restituição do imposto pago indevidamente, posto que não haveria relação do contribuinte de fato com o Fisco, mas, sim, uma relação de caráter privado entre o contribuinte de fato e o contribuinte de direito (TRÓCCOLI JÚNIOR, 2010, p. 86).

A edição da Súmula número 546 do Supremo Tribunal Federal impactou na possibilidade de se reconhecer a classificação do contribuinte de fato e do contribuinte de direito. Segue, *in verbis*, essa súmula: "Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte 'de jure' não recuperou do contribuinte 'de facto' o 'quantum' respectivo".

Informa-se que com a edição da Súmula número 546 do Supremo Tribunal Federal legitimou-se o contribuinte de direito para repetir o indébito tributário. Para alguns doutrinadores as consequências jurídicas da súmula se resumem a isso (TRÓCCOLI JÚNIOR, 2010, p. 91). Enquanto para outros, essa súmula reconheceu não apenas isso, como também a existência do contribuinte de fato, o que seria o mais lógico ao interpretar a súmula.

O doutrinador Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, 2011, p. 633) em princípio mostra-se contrário à classificação em voga, mas faz uma ressalva ao tratar dos tributos que repercutem juridicamente, dessa forma filiando-se a essa classificação desde que se trate de tributo que tenha repercussão jurídica.

Cumpra-se aqui tornar claro que o objeto estudado aqui em nada se assemelha ao responsável tributário, figura trazida pelo Código Tributário Nacional no artigo 128.

Parece-nos que a questão de se reconhecer a existência de um contribuinte de fato sempre esbarra com o problema de se provar que a

repercussão econômica ocorreu, o que seria para Cesar Garcia Novoa (NOVOA, 1993, p. 45 apud FERNANDES, 2002, p. 94) uma prova diabólica, posto que de difícil produção.

Mas e nos caos em que existe uma prova fácil e acessível, como nos casos das prestadoras de serviços públicos, em que se pode descobrir o preço da mercadoria ou do serviço? Nesses casos qual seria a impossibilidade de o contribuinte de fato ir direto ao judiciário, se considerando que existe uma norma legal (o artigo 166) o autorizando pata tal?

Ressalta-se que analisando os casos concretos pode se achar soluções para esses problemas e, dessa forma, viabilizar que quem realmente arcou com ônus da tributação, em caso de pagamento indevido, tenha tal valor monetário devolvido, para isso faz-se necessário aceitar-se a classificação do contribuinte de fato e do contribuinte de direito.

2. 3 REPERCUSSÃO ECONÔMICA, PREÇO E *SALES TAXES*

Hugo de Brito Machado (2011, p. 484) acredita que

“só se pode afirmar que ocorre a cobrança do imposto do consumidor quando o preço seja estabelecido sem o imposto e a lei autorize a cobrança deste, além do preço, como acontece, com o *sales taxes*. No Brasil, se um comerciante anunciar o preço de um produto e depois pretender cobrar o imposto do adquirente, este se pode recusar a pagar o imposto, porque a lei não autoriza tal cobrança”.

Dessa forma, pode-se entender que, no Brasil, segundo Hugo de Brito, não se pode afirmar que no valor que o consumidor final paga pelos produtos está necessariamente embutido os impostos que são cobrados ou simplesmente pagos ao Fisco.

Hugo de Brito Machado Segundo (2001, p. 98) ainda ressalta, tratando sobre o imposto sobre a circulação de mercadorias e alguns

serviços, lição que pode elucidar melhor o que é o *sales taxes*. Assim, para ele

“uma consequência prática importante dessa disciplina é o fato de que, com ela, há, de forma visível, duas consequências relações jurídicas entre comerciante e consumidor (no caso do ICMS). Uma, de direito privado, em face da qual o comprador é devedor do preço ao vendedor. Outra, de direito tributário, dá ao vendedor o direito de exigir o tributo do comprador. Tudo o que for cobrado com fundamento na segunda não se confunde com a prestação inerente à primeira (...). É o que se dá em relação ao *Sales tax* nos Estados Unidos da América do Norte.”

Para Hugo de Brito Machado, reconhecer isso acabaria acarretando em impedir que os valores indevidos pagos a título de tributos sejam devolvidos, em função das dificuldades probatórias de reconhecer se a repercussão econômica realmente se deu, sem que haja o destaque do *quantum* e se efetivamente o tributo está sendo transferido (como ocorre com o *sales taxes*). De forma que para ele exigir que o contribuinte tenha que provar que não transferiu os impostos é um absurdo se considerarmos a dinâmica da tributação neste país.

Inclusive, Hugo de Brito Machado defendendo que o artigo 166 do Código Tributário Nacional é inconstitucional por se fazer um obstáculo a restituição do imposto, posto que permitiria que o Estado se locupletasse de imposto indevido, dando ensejo ao enriquecimento ilícito, e desrespeitasse a legalidade cerrada que garante que um tributo só seja pago tendo lei anterior que o defina. Assim, categoricamente, ele afirma que

“Entendido como um obstáculo à restituição de tributo indevidamente pago, o artigo 166 do Código Tributário Nacional é de flagrante inconstitucionalidade. É forma indireta de violação da garantia de que nenhum tributo será cobrado sem

que tenha sido criado por lei” (MACHADO, 2011, p. 485).

Ocorre que é inquestionável que na grande maioria das vezes com o aumento de imposto pode se perceber, na mesma medida, o aumento de mercadoria e serviço ligado a ele. O que indica que o imposto realmente é repassado para quem está no final da cadeia econômica. De forma que é o consumidor final que tem seu patrimônio diminuído a cada oscilação fiscal. Permitindo-se que os impostos indiretos sejam restituídos ao contribuinte que está estabelecido na lei, aqui, sim, poderá acarretar em enriquecimento ilícito, mas por parte do contribuinte legalmente definido.

Com o artigo 166 do Código Tributário Nacional, podemos entender que se tratando de impostos indiretos, tem que haver prova da assunção do ônus por parte do contribuinte ou ter ele autorização do consumidor para requerer devolução do indébito em ação repetitória. Entendemos que o artigo 116 desse Código garante que ao contribuinte não seja devolvido valor que ele não pagou.

E quanto às dificuldades probatórias, o que parece sempre impedir a aplicação do artigo 166, trataremos em momento oportuno.

Assim, não acreditamos ser necessário o *sales taxes* no Brasil para que se possa aceitar a figura do imposto indireto. Posto que, temos formas de identificar que imposto levando em conta alguns critérios, como já foi dito no tópico que trata da classificação de impostos em diretos e indiretos.

Independente de se destacar do preço cobrado do consumidor final os impostos que ele paga na compra de serviços ou mercadorias, como ocorre com o *sales taxes*, é inquestionável que pode ocorrer a repercussão econômica, que é o que muitas vezes se dá. E para garantir que o consumidor final, havendo repercussão do imposto, tenha esse valor devolvido, é necessária a aplicação do artigo 166 do Código Tributário nacional.

3 AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO

3.1 CONCEITO E CABIMENTO

A palavra repetição vem do latim *repetitio*, significando restituir, devolver. Indébito é o que foi pago indevidamente.

A ação de repetição do indébito é um das ações de iniciativa do contribuinte inserida no processo judicial tributário. Este é

“a série encadeada de atos através do qual o Estado-Juiz presta a *tutela jurisdicional*, solucionando definitivamente, porque em última instância, os conflitos havidos entre o Estado-fisco e os contribuintes através da aplicação do direito ao caso concreto. Esse processo é disciplinado por normas jurídicas, cujo conjunto chamado *Direito Processual*, e que têm por finalidade: (a) assegurar a efetividade da tutela buscada; (b) permitir a participação dos interessados; e (c) definir e delimitar a atuação dos juízes, impondo-lhe deveres e impedindo-lhe a prática de excesso e abusos.” (DINANMARCO, 2003, p. 37 apud MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 215).

O Código de Processo Civil tem caráter subsidiário em relação às regra do processo tributário, assim, pode se socorrer àquele não havendo norma específica tributária.

Ocorre repetição do indébito no plano tributário quando o contribuinte paga indevidamente, seja por erro ou por declaração posterior de inconstitucionalidade, imposto indevido ou quantia a maior ao Fisco, estando assim, este, em função de princípios do ordenamento jurídico, especialmente a vedação do enriquecimento sem causa, obrigado a devolver esse valor.

Conferido o pagamento indevido de encargo financeiro, ou por erro do contribuinte ou erro de cobrança do próprio Fisco, nasce para o sujeito o direito de reivindicar a restituição do valor que não era devido diante do Poder Judiciário ou da Administração Pública. Destaca-se que não

é necessário o esgotamento da via administrativa para se pleitear o indébito no judiciário.

Assim, Ação de Repetição do Indébito é uma ação de conhecimento de iniciativa do contribuinte inserida no plano do processo tributário em que se visa reconhecer o direito do autor à devolução monetária do indébito, constituindo-se, dessa maneira, ao mesmo tempo numa declaratória e condenatória, posto que declara um direito e, pode também, condenar o réu (fisco) a repetir a quantia paga, dando-se liquidez a sentença.

Hugo Machado Segundo (2010, p. 416) destaca o fundamento constitucional do direito à restituição, asseverando sobre a impossibilidade de se instituir ou majorar tributos sem prévia previsão legal (princípio da estrita legalidade ou da legalidade cerrada), dessa forma, o tributo pago sem base legal ou tendo como pressuposto uma lei inválida, deve ser repetido, por burlar regra constitucional. O mesmo autor (2010, p. 417) ainda enuncia que o direito a restituição tem que ser respeitado independente de eventuais obstáculos trazidos pela norma infraconstitucional, ou seja, hierarquicamente superior.

O Código Tributário Nacional, Lei número 5.172 de 25 de Outubro de 1966, disciplina o pagamento indevido no Capítulo IV, que trata da extinção do crédito tributário, na Seção III (pagamento indevido), depois de tratar da primeira forma extintiva: o pagamento (Seção II).

Tal localização baseia-se na premissa de que alguém, se colocando espontaneamente ou colocado através de cobrança fiscal feita pelo "sujeito ativo" como devedor tributário, paga um hipotético tributo. Ocorre que acaba se generalizando uma situação bem peculiar, posto que inexistindo a obrigação tributária, não existem também as figuras do sujeito passivo e do sujeito ativo, de forma que nem se trata de tributo, mas, sim, de valor pago indevidamente a título de tributo (AMARO, 2011, p. 445-446).

Segundo o Código a restituição do indébito pode ser total ou parcial, referente, respectivamente, tanto a possibilidade de pagamento a título de tributo totalmente indevido, quanto a tributo devido, porém pago

a mais que o valor que se depreende da hipótese de incidência. Destaca-se que se tratando de repetição do indébito independe a forma de lançamento, se direto, por homologação ou por declaração. E também que coexistindo outras formas extintivas da obrigação tributária, como a compensação, podem estas da mesma forma ensejar o direito à restituição do indébito, vide artigo 163, *in verbis*:

Art. 163. Existindo simultaneamente dois ou mais débitos vencidos do mesmo sujeito passivo para com a mesma pessoa jurídica de direito público, relativos ao mesmo ou a diferentes tributos ou provenientes de penalidade pecuniária ou juros de mora, a autoridade administrativa competente para receber o pagamento determinará a respectiva imputação, obedecidas as seguintes regras, na ordem em que enumeradas:

I - em primeiro lugar, aos débitos por obrigação própria, e em segundo lugar aos decorrentes de responsabilidade tributária;

II - primeiramente, às contribuições de melhoria, depois às taxas e por fim aos impostos;

III - na ordem crescente dos prazos de prescrição;

IV - na ordem decrescente dos montantes.

Ao contrário do plano do direito privado, no direito tributário, não há a necessidade da prova de erro no pagamento, ou restrição anterior do caráter indevido do pagamento a título de tributo, para que este possa ser restituído, basta demonstrar-se a inexistência da obrigação tributária.

Como pode se comprovar com a leitura do artigo 165 do Código Tributário Nacional, que se segue

Artigo 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Dessa forma, não implicando, como ressalta Luciano Amaro (2011, p 448), o pagamento a título tributário em "confissão de dívida tributária".

O prazo para se pleitear a repetição do indébito é de 5 anos contados da data da extinção do crédito tributário, nos casos em não se tenha questionamentos. Ou da data em que se tem decisão administrativa definitiva, ou decisão judicial transitada em julgado, que tenha reformado, anulado ou rescindido a decisão condenatória que obrigou o pagamento.

3.2 DA PROVA

Neste trabalho é indispensável analisar-se como se pode provar a translação ou a não translação do encargo financeiro para que se possa pleitear judicialmente a restituição monetária de pagamento indevido a título de tributo.

No plano do processo judicial tributário, pode ocorrer a constituição de um fato jurídico que não foi levado a bom termo, necessitando-se dessa forma desconstituí-lo (CARVALHO, 2011, p. 945), para tal faz-se imprescindível a explanação dos fatos, que se dará através de prova, inclusive, sendo permitido aqui a produção de todas as provas em direito admitidas.

O mesmo autor elucida, ainda, que é irrelevante para o direito aquilo que não pode ser provado, de forma que não se terá um fato jurídico, mas mero evento. Assim, só haverá modificação na vida real se o fato for contado de acordo com os meios de prova admitidos no sistema jurídico (CARVALHO, 2011, p. 946). “Eis que os fatos jurídicos serão aqueles enunciados que puderem sustentar-se em face de provas em direito admitidas” (CARVALHO, 2011, p. 948).

“O sistema de direito positivo estabelece regra estruturais para organizar como fatos as situações existentes que julga relevantes. Cria, com isso, objetivações, mediante o sistema articulado de símbolos que vão orientar os destinatários quanto ao reconhecimento daquelas ocorrências. [...]

“Com efeito, estimo residir no capítulo das provas o mecanismo fundamental para o reconhecimento dos fatos da vida social juridicizados pelo direito, bem como um dado imprescindível ao funcionamento do sistema de normas.” (CARVALHO, 2011, p. 948-949).

Não existe na legislação tributária previsão específica sobre como se provar a assunção do pagamento indevido a título de tributo indireto, sendo assim, deve se recorrer ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973), nos termos do artigo 108 do Código Tributário Nacional, que traz formas de integrar a norma tributária, que segue *in verbis*:

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

- I - a analogia;
- II - os princípios gerais de direito tributário;
- III - os princípios gerais de direito público;
- IV - a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

O Código de Processo Civil disciplina sobre as provas no Título VIII, Capítulo VI, artigo 332 a 443. Os meios de prova especificados nesse Código são o depoimento pessoal, a confissão, a prova documental, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção. É de suma importância ressaltar o artigo 332 do mesmo codicilo, nele os meios de produção de provas são amplamente tratados, posto que aceita-se todos os meios de prova, ainda que não especificados, desde que moralmente aceitos, para se comprovar os fatos tanto alegados na ação quanto na defesa.

Assim, só o caso concreto trará qual o meio de prova mais eficaz para se provar o fato jurídico em questão. Utilizado de sua experiência, José Mörschbacher(1998, p. 62) explicita que se tratando de restituição do indébito tributário indireto, as provas mais adequadas para solucionar os problemas têm sido a prova documental e a inspeção.

Hugo de Brito Machado Segundo (2010, p. 490) denuncia o problema na valoração das provas feita pelo Poder Judiciário, que comumente considera uma prova documental a depender de quem a tenha trazido para os autos; se um documento foi, por exemplo, elaborado pela Fazenda Pública, vai além de se relevar a fé pública desse, tendo-o como idôneo até a prova em contrário; já um documento particular, mesmo ratificado por outros elementos de prova, torna-se irrelevante perante o judiciário. O mesmo autor ainda lamenta tal prática, qualificando como incompatível ao Estado de Direito, constatando que o correto seria a análise dos documentos em cada caso particular.

Ressalta-se que em caso de prova pericial, não incumbe ao perito interpretar normas do sistema jurídico, nem afirma se os fato concreto se subsume à norma; podendo apenas avaliar a existência, validade e eficácia da relação jurídica.

Informa-se que Paulo de Barros Carvalho (CARVALHO, 2011, p. 951) não acredita que existam provas materiais ou testemunhais, posto que todas elas devem ser levadas a termo, transformadas em laudos periciais, de diligência ou periciais, tonando-se, assim, todas as provas, provas documentais.

O ônus da prova compete a quem alega (autor da ação), ou seja, quem afirma um fato, assim, para que este seja acatado, é essencial comprovar o alegado. Já o réu terá que alegar apenas os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos dos direitos que o autor pleiteou judicialmente.

Assim, no caso específico de repetição do indébito de tributos indiretos, quem arcou indevidamente com o encargo tributário, podendo ser o contribuinte estabelecido legalmente ou terceiro para quem foi repassado tal ônus, deve provar que é parte legítima da relação tributária, para que tenha seu pedido analisado pelo judiciário.

Referente ao legítimo interesse econômico de quem pleiteia a restituição

há que se fazer as seguintes distinções, decorrentes da tal interpretação e aplicação dos arts. 165 e 1666 do Código Tributário Nacional:

Nos impostos que não comportam, por sua natureza, a transferência do respectivo encargo financeiro, o contribuinte de direito é reconhecido, *jure et de jure*, como possuidor de legítimo interesse econômico para pleitear a restituição, devendo ser considerada arbitrária qualquer exigência no sentido da comprovação da assunção do respectivo encargo financeiro, e isso mesmo se evidencie a repercussão econômica do respectivo gravame;

Nos impostos que comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, será parte legítima para pleitear a restituição:

b1) o contribuinte de direito, comprovando que assumiu o encargo financeiro do imposto indireto indevido;

b2) o contribuinte de direito, juntando a autorização do contribuinte de fato que assumiu o encargo financeiro do imposto indireto indevido;

b3) o contribuinte de direito, juntando autorização ou outro instrumento equivalente que manifeste claramente a desistência da restituição por parte da ou das pessoas que tenham intervindo, sequencialmente, no relacionamento econômico indevidamente onerado, e isso nas hipóteses em que se torne difícil, se não inviável, comprovar quem tenha efetivamente assumido efetivamente o encargo financeiro do indébito tributário indireto;

b4) o contribuinte de fato, comprovando que não assumiu o encargo financeiro do imposto indireto indevido. (MÖRSCHBÄCHER, 1998, p. 60)

Ficando, dessa forma, suficientemente claro quais as provas os contribuintes de fato e de direito têm que trazer para o processo para serem reconhecidos como parte legítima da ação de repetição do indébito. Menciona-se que voltaremos a tratar de legitimidade em tal ação no próximo capítulo, Capítulo 4, detalhando hipóteses mais específicas.

Faz-se necessário salientar que se tratando de impostos diretos, ou seja, aqueles em que a mesma pessoa disciplinada na norma como sujeito passivo é quem arca financeiramente com o ônus a título tributário, não há necessidade de prova para ser legitimado na ação em voga.

Isto posto, alerta-se que como estamos tratando de impostos indiretos, frequentemente quem pleiteia a restituição de encargo pago a título de tributo indevidamente não possui meios para comprovar assunção do ônus, principalmente nos casos em que quem se julga legitimado para a ação repetitória de tributos indiretos não é o sujeito passivo definido

legalmente, dessa maneira, aconselha-se que o autor proteste na petição inicial pela produção de todos os meios de prova no direito admitidas, incluindo-se diligências, perícias e vistorias.

Faz-se oportuno citar alguns exemplos de instrumentos que tornam possível provar a assunção ou o repasse do encargo tributário, são eles: a escrita fiscal e contábil, assim como outros elementos de prestação de informações complementares à nota fiscal.

Salienta-se que o sujeito passivo legalmente definido nos casos de impostos indiretos, chamado contribuinte de direito, se tratando de meios de prova tem a vantagem diante do terceiro para quem é repassado o ônus tributário; na hipótese de pagamento indevido, aquele tem muito mais meios de prova disponíveis do que este para provar ser parte legítima e, também, pleitear que seu direito seja reconhecido.

É interessante neste momento conhecer o conceito trazido por Paulo de Barros (CARVALHO, 2011, p. 955-956): "as relações jurídicas dos deveres instrumentais estão previstas, igualmente, em norma geral e abstrata, e também surgem para o direito mediante a expedição de norma individual e concreta, como no caso do tributo. Os deveres, enquanto previsão normativa, visam a estimular os destinatários no sentido de exercitarem certas condutas produtoras daquela linguagem preliminar a que me referi e passam a existir, concretamente, em termos jurídicos, quando forem cumpridos os respectivos destinatários. "

Invocaremos alguns exemplos práticos, referenciados por José Morrschbacher (1998, p. 64-68), para explicar melhor os possíveis meios de prova na ação repetitória de impostos indiretos.

O tabelamento oficial da mercadoria ou do produto resultante de sua aplicação é uma medida governamental que torna praticamente impossível o aumento dos produtos pelos comerciantes ou industrial além da margem estabelecida. Assim, esse tabelamento mostra-se prova suficiente para se demonstrar que o ônus decorrente de aumento de imposto foi assumido pelo comerciante ou industrial, o contribuinte de direito.

O Supremo Tribunal Federal inclusive já aceitou esta prova como suficiente para comprovar a assunção do encargo tributário nos Acórdãos números 68.622, Santa Catarina, 73.173, São Paulo, e 77.513, da Guanabara.

A manutenção dos preços habituais pode ser considerada como prova da assunção do ônus tributário, desde que se junte ao processo fotocópias autenticadas de diversas notas fiscais de venda de bens idênticos extraídas antes, durante e depois das vendas questionadas. O que será mais simples se os preços forem constantes, mas caso contrário, em que os preços oscilem, tais variações devem ser justificadas.

3.3 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 166 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Antes de adentrarmos no assunto propriamente dito, faz-se necessário destacar algumas noções referentes à inconstitucionalidade de forma mais ampla.

A Constituição é a Lei Maior do nosso ordenamento, de modo que todas as demais leis devem estar em harmonia com ela. Logo, em caso de norma contrária à Constituição estar-se-á diante de uma inconstitucionalidade.

Ensina Chery Berno (2009, p.62) que as normas gozam de presunção de constitucionalidade, mas tal presunção não é absoluta (*jure et de jure*), podendo ser afastada do ordenamento jurídico através da declaração de inconstitucionalidade, consubstanciando-se dessa maneira em presunção *iuris tantum* (ou relativa).

Ressalta-se que pode ocorrer inconstitucionalidade no todo ou em parte da norma.

Afastando-se as normas inválidas, está se conservando o Estado democrático de Direito, pois assim resguardam-se seus princípios instituidores, em especial: a) o princípio da legalidade; b) o princípio da segurança jurídica; c) o princípio da proporcionalidade; d) o princípio da

moralidade; e) o princípio da boa-fé; e o princípio da nulidade da norma inconstitucional (BERNO, 2009, p. 55-56).

Quem analisa a validade das normas diante da Constituição é o é o Poder Judiciário. Tendo o Supremo Tribunal Federal responsabilidade exclusiva no controle concentrado, e responsabilidade subsidiária, no controle difuso.

Como podemos perceber coma dicção do artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil:

O artigo 102 da Constituição da República explica a competência do STF no julgamento de inconstitucionalidade de norma ou ato: "Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...]

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Ressalta-se que a declaração de inconstitucionalidade pode ter efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*. *Ex tunc* é uma expressão em latim que significa “desde então”; assim, uma declaração de inconstitucionalidade que goze de efeitos *ex tunc* tem seus efeitos reconhecidos desde a promulgação daquilo que se analisa, neste caso teria que se reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 166 do Código Tributário Nacional desde a sua publicação. Enquanto a expressão, também em latim, *ex nunc* significa “a partir de agora”, de forma que os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade só se farão presentes a partir de tal reconhecimento, não se alcançando o passado.

Nesse sentido, assevera Hugo de Brito Machado (2011, p. 486) que no

“Supremo tribunal Federal parece haver uma tendência no sentido de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Tal modulação pode vir a ser um estímulo à edição de leis tributárias inconstitucionais, ou estímulo à prática da denominada inconstitucionalidade útil, na medida em que o arrecadamento com base na lei inconstitucional não é devolvido.”

O artigo 166 do Código Tributário Nacional, dispositivo fundado na teoria da repercussão econômica, ou na repercussão jurídica, segundo defendem alguns autores, é questionado no âmbito doutrinário. Pois esse artigo trouxe para o campo jurídico elementos até então estranhos a ele, como a figura do imposto indireto e a diferenciação entre contribuinte de fato e do contribuinte de direito.

Ocorre que a partir do momento que injustiças podem ser cometidas, o direito deve se aproximar, sim, de outros fatos da vida prática mesmo que ainda desconhecidos por sua própria ciência. Salienta-se, inclusive que “o mesmo fato social pode sofrer tanto cortes jurídico-conceptuais quanto o desejar a autoridade que legisla, dando ensejo à incidência de normas jurídicas diferentes” (CARVALHO, 2011, p. 947).

Muitos doutrinadores são contrários à aplicação desse artigo, por entendê-lo inconstitucional, seguindo o argumento de que esse dispositivo fere ou cria obstáculos intransponíveis para a efetivação de preceito da Carta Magna. Para Hugo de Brito Machado, as imposições do artigo 166 configuram-se como um

“obstáculo à restituição de tributo indevidamente pago, o artigo 166 do Código tributário Nacional é de flagrante inconstitucionalidade. É forma indireta de violação da garantia de que nenhum tributo será cobrado sem que tenha sido criado por lei. Lei válida, obviamente. Qualquer forma de evitar a restituição do tributo indevidamente pago é, sem dúvida, validação de cobrança indevida, de cobrança ilegal, ou inconstitucional, que não pode ser tolerada pelos que

respeitam o Direito e, sobretudo, a supremacia da Constituição” (MACHADO, 2011, p.485).

O autor Luis Dias Fernandes, na mesma linha de Hugo de Brito, acredita que o artigo 166 é inconstitucional, posto que

afeta o caráter público tributário da obrigação legal devolutória pretender o artigo 166 do Código Tributário Nacional incluir em um dos polos desta relação jurídica pessoal totalmente estranha (contribuinte econômico) aos seus objetivos;

contraria o disposto nos artigos 121, 123 e 165 do Código Tributário Nacional o artigo 166 do CTN atribuir ao contribuinte de fato a faculdade de autorizar o contribuinte de direito a postular o indébito, bem assim, conferir-lhe, implicitamente, igual titularidade ativa;

ofende os princípios da legalidade – compreensivos tanto do dever de atuação administrativa sempre *secundum legem*, como do direito público subjetivo não apenas do contribuinte legal, quanto da própria coletividade de ser-lhe exigido somente o *quantum* previsto em lei –, da moralidade – erigido contemporaneamente à categoria de preceito constitucional pelo legislador de 1988 – e aquele que proíbe o enriquecimento sem causa, e, portanto, a Constituição Federal, restringir e anular o artigo 166 do CTN o direito do sujeito passivo (solvens) da obrigação tributária ao pleito de reembolso com o condicioná-lo a uma esdrúxula e antijurídica autorização do indefinível e meta jurídico contribuinte de fato;

malferir a sistemática lógica da divisão dos tributos nas suas respectivas categorias jurídicas, tal como delineada pela legislação a eles atinente, buscar

o artigo 166 do CTN equacioná-los sob o errôneo critério da repercussão econômica;

vulnera o princípio constitucional da tutela jurisdicional, assecuratório do livre acesso de todos ao Poder Judiciário preconiza o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), exigir o artigo 166 do CTN a impossível produção probatória negativa por parte do contribuinte *ope legis* da não-assimilação do ônus financeiro do tributo;

Atenta contra o princípio da igualdade, condenatório da adoção de uma exegese fundada em posições apriorísticas em proveito de qualquer dos participantes da relação jurídico-tributária, cuja única fonte de direitos e obrigações é a lei, invocar o artigo 166do CTN o fenômeno da translação em prol do Fisco por ocasião da repetitória, já que o Código não admite sua oposição em benefício do contribuinte quando da cobrança do tributo. (FERNANDES, 2002, p. 118-119)

Esse mesmo autor defende que não é pelo fato do artigo 166 existir, que ele deve ser considerado, propondo o não reconhecimento e não aplicação desse dispositivo em função da sua inconstitucionalidade. E propõe também, por óbvio, que tal artigo seja tornado inconstitucional (FERNANDES, 2002, p. 119).

Ives Gandra defende que

o artigo 166 é dispositivo que colide com todos os harmônicos princípios acima expostos, na medida em que permite ao sujeito ativo apropriar-se definitivamente de ‘tributo ilegal’, mediante a ocorrência da hipótese capaz de albergar-se no dispositivo vedador de sua repetição.

Com efeito, o artigo 166 do Código Tributário Nacional consagra o princípio da 'ilegalidade tributária' como fonte de recita do sujeito ativo, ao sujeitar a repetição do que foi pago indevidamente, ao preenchimento de requisito impossível de ser atendido, em face do regime que vigora para a maior parte dos tributos" (MACHADO Coord., 1999, p. 168)

Não seria ilegal também, *exempli gratia*, nos casos de efetivo repasse do ônus tributário, o consumidor pagar o imposto, e o contribuinte, que não teve em nada seu patrimônio diminuído, pleiteando a restituição do indébito, ser ressarcido por algo que ele não pagou? Dessa forma não seria melhor analisar quais questões se submetem ao artigo em tela e conservá-lo para que também outras ilegalidades não sejam cometidas?

Urge ressaltar-se também que a partir do momento que existe uma norma condicionando a restituição de indébito indireto à autorização por parte do consumidor final, para evitar o locupletamento do ressarcimento pelo sujeito passivo explícito em texto legal, em caso de assunção do ônus pelo sujeito que figura o polo passivo legal da relação jurídico-tributária, o contribuinte deve se valer de todas as condutas produtoras a provar tal ônus. Um cadastro de clientes, por exemplo, seria uma solução simples a se dar a esse problema, possibilitando nessa medida a identificação do consumidor que não assumiu o ônus tributário.

Lembra-se que o tópico 3.3 Da prova traz outras soluções práticas para o problema da dificuldade probatória da legitimidade nas ações de repetição de indébito pago a título de tributo indireto.

No entanto, ressaltamos a importância da exigência da autorização do terceiro que sofreu o encargo tributário (contribuinte de fato), porque isto evita um possível locupletamento do tributo restituído pelo contribuinte de direito. Nessa linha, afirma Luciano Amaro que

"o Código, na esteira da Súmula 546 do Supremo Tribunal Federal, preocupou-se com a hipótese de alguém se pôr na condição de 'contribuinte de

direito', recolher o tributo indevido, repassa-lo a terceiro e, maliciosamente, pleitear para si a restituição, sem dela dar conta ao terceiro. Por isso, exige ou que o terceiro 'autorize' o pleito, ou que o *solvens* demonstre não ter transferido o ônus financeiro ao terceiro" (AMARO, 2011, p. 450-451).

Diante de diversas visões diferentes, e principalmente de diversas situações diferente, em que ora o dispositivo corrobora ora o mesmo atrapalha, cumpre-se analisá-lo diferenciando-o suas particularidades, para que assim possa se concluir em quais casos o artigo 166 em questão é válido e quando realmente ele não pode ser aplicado.

4 LEGITIMIDADE PARA REPETIÇÃO DO INDÉBITO ENVOLVENDO IMPOSTOS INDIRETOS

4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PRINCÍPIOS TRIBUTÁRIOS

A Constituição da República de 1988 tutela diversos princípios relacionados ao processo civil, que devem ser obedecidos também no processo tributário, muitos deles incluídos nos direitos e garantias individuais, consubstanciando-se, em função do parágrafo 4º do artigo 60 da Magna Carta, em cláusulas pétreas (MARINS, 2010, p. 403).

O Processo Tributário deve seguir os princípios do Processo Civil trazidos pela Constituição. Sendo eles: princípio da isonomia; princípio do juiz natural; princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (ou princípio do direito de ação); princípio do contraditório e da ampla defesa; princípio da proibição da prova ilícita; princípio da publicidade dos atos processuais; princípio do duplo grau de jurisdição; princípio da motivação das decisões judiciais; princípio da celeridade e da duração razoável do processo (NERY JUNIOR, 1992, p. 16 apud MARINS, 2010, p. 403).

O princípio constitucional da isonomia é a consubstanciação de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida, ressalta-se aqui que em função de ter uma carga humanitária e idealista, hodiernamente ainda não existe uma sociedade que a alcançou (BASTOS apud MACHADO, 200, p. 57).

“É indubitoso que o Direito não pode fazer iguais todos os seres humanos. Estes são naturalmente desiguais, e como tal devem ser tratados pelo Direito. A grande dificuldade reside em saber quando o direito deve considerar as desigualdades para atribuir, em função desta, tratamento desigual, prestigiando-as, e quando deve o Direito ignorar essas desigualdades, atribuindo tratamento igual” (MACHADO, 2001, p. 57).

Salienta-se aqui um detalhe, que mesmo se considerando que esse princípio traz consigo elementos metajurídicos não se deixa de analisá-lo nem tenta-se afastá-lo, julgando-o impossível. O que é de suma importância, posta a importância de se perseguir a igualdade. Ocorre que, apesar de definitivamente a legitimidade para se pleitear indébito pago a título de tributo indireto não ser tão importante quanto os ideais de igualdade, da mesma forma se trata de conceito jurídico que traz carga de conceitos metajurídicos.

O princípio da não-surpresa, que decorre do princípio da segurança jurídica, é alcançado com a efetivação conjunta dos princípios da legalidade e da irretroatividade, inclusive em matéria tributária. Especificamente nesta matéria, esse princípio também está relacionado com a anterioridade da lei tributária e o da anterioridade nonagesimal (MACHADO, 2001, p. 109). De forma que um contribuinte não deve experimentar mudanças abruptas na norma tributária, posto que este tem o direito de se programar para assumir ônus monetário ou obrigação. Especialmente se cada dia houver um entendimento diferente dado para a mesma questão, seja na seara judicial, principalmente com os diferentes entendimentos dos tribunais, seja na seara administrativa.

No Brasil, o sistema tributário está amplamente descrito na Constituição. Neste trabalho ressaltaremos os princípios constitucionais tributários que corroborem para o estudo do tema aqui proposto.

O princípio da estrita legalidade (ou legalidade cerrada) é um princípio constitucional trazido no artigo 150, I, que garante que só através de lei poderá se exigir ou aumentar tributo.

O princípio da proibição de tributo com efeito de confisco, para Paulo Barros de Carvalho, em matéria tributária, ainda foi suficientemente esclarecido. Reconhecendo este autor que qualquer imposição tributária excessiva trará para cada um de nós o sentimento de efeito confiscatório, mas este autor constata a dificuldade de se limitar tal efeito (CARVALHO, 2009, p. 180).

Mas é possível depreender-se através do princípio que “tributo com efeito confiscatório é tributo que, por ser excessivamente oneroso, seja sentido como penalidade” (PACHECO apud MACHADO, 2001, p. 98).

Dessa forma, ainda ressalta-se que

“[...] os bens de consumo, cujo gravame se incorpora no preço, permite-se cogitar de taxações altíssimas, sem que se alvitre sombras de efeitos confiscatórios. Também o ICMS prestar-se-ia a manifestações desse tipo, sem falar nos problemas paralelos que o expediente desencadearia no plano econômico, desdobrados que estão no quadro objetual de nossa especulações. E só para mostrar a complexidade do assunto, não custa lembrar que o ISS, dos Municípios, exibiria com facilidade o aparecimento de iniciativas confiscatórias” (CARVALHO, 2009, p. 180).

Logo em seguida, diante de pouco desenvolvimento sobre o tema, o autor recomenda que tal princípio deve nortear o legislador para que este não se exceda (CARVALHO, 2009, p. 180).

O princípio da capacidade contributiva defende que só pode ser cobrado tributo de quem possa pagá-lo. Este princípio se relaciona com o citado anteriormente, posto que o princípio da capacidade contributiva do contribuinte pode ser usado como medida para aquele. Acontecendo frequentemente de a tributação onerar demasiadamente o patrimônio, pode-se considerar um tributo excessivo. Ferindo-se o princípio da capacidade contributiva, compromete-se corolários do Estado de Direito como justiça, certeza e segurança.

Paulo de Barros ainda subdivide tal princípio: a) capacidade contributiva absoluta ou objetiva, que seria a capacidade contributiva de fato, como aquela em que a autoridade elege os fatos que demonstram riqueza; b) e a capacidade contributiva relativa ou subjetiva, que deve mensurar a carga tributária de modo proporcional ao tamanho econômico do evento. Ressalta-se ainda que esta só se torna possível no cumprimento daquela (CARVALHO, 2009, p. 82).

Para Aliomar Baleeiro (BALEEIRO atualizado por DERZI, 2010, p. 1099) o princípio da capacidade econômica é alicerce para vários outros princípios, sendo estes apenas decorrências lógicas daqueles, como, por exemplo, a igualdade e a vedação do confisco.

Baleeiro (atualizado por DERZI, 2010, p. 1249) ainda defende que

“os princípios da igualdade e da capacidade contributiva são abrandados por meio do princípio da praticidade ou praticabilidade. Por meio desse último princípio devem ser evitadas as execuções muito complicadas da lei, especialmente naqueles casos em que se deve executar a lei em massa”.

Ainda quanto ao princípio citado acima (Princípio da Praticidade), ocorre que a população tem a capacidade de cumprir a norma específica trazida pelo artigo 166 do Código Tributário Nacional que legitima o contribuinte de fato a, em caso de assunção do seu ônus, ser restituído pelo indébito pago a título de tributo, desde que seja obviamente conscientizado de tal direito. A doutrina que se apegua a questões que, muitas vezes, problematizam, mas não resolvem a questão. Como não admitir que um recorte da realidade seja tutelado pelo direito por ter origem em outra ciência? Destaca-se que é o que se dá no caso em que a doutrina impede de certa forma um estudo mais amplo, ou até o reconhecimento da existência do imposto indireto, em função de tal conceito de nascido no plano das ciências econômicas. Inclusive, cumpre-se informar que no subcapítulo “Das provas”, percebe-se que nem a identificação do contribuinte de fato nem a comprovação de assunção ou repercussão de valor pago ao Fisco são impossíveis.

O princípio da não cumulatividade alberga uma técnica que assegura que o imposto referente a cada operação será compensado com os impostos das operações anteriores, obedecendo dessa forma, segundo Carvalho (2009, p. 186) aos valores de justiça da tributação, capacidade contributiva e uniformidade na distribuição da carga tributária sobre as etapas de circulação e industrialização de produtos.

O princípio da proteção da confiança que vela apenas o contribuinte, não sendo possível suscitá-lo em prol do sujeito ativo (o Estado).

“A Administração irá gerar confiança em virtude da multiplicidade da atividade administrativa de modos muito distintos, por exemplo, através de informações ou promessas, através dos atos administrativos, através de contratos jurídico-administrativos e através do ato de tolerar uma situação; além disso, regulamentações, a praxe administrativa até então, o trabalho da publicidade da administração, bem como a existência de determinadas instituições públicas poderão ter como consequência confiança e disposições condicionadas à confiança do cidadão. Na Justiça, a proteção da confiança se torna atual, sobretudo frente a alterações jurisprudenciais, apesar de também ocorrerem outros fatos constitutivos de uma realidade que fundamentam confiança, como despachos dos tribunais, informações sobre os recursos jurídicos ou informações de pessoas do tribunal. Por fim, inclusive o legislador vai ser fundamento para a confiança do cidadão, pois a tarefa da legislação é justamente garantir previsibilidade e possibilidade de avaliação” (HELBING E LICHTENHAHN apud BALEIRO atualizado por DERZI, 2010, p. 1315).

Dessa forma cumpre-se admitir que pior do que não reconhecer a existência de impostos indiretos é essa decisão, principalmente da

Administração, de sempre usar argumentos diferentes e até mesmo contraditórios para não restituir impostos indiretos, consequentemente locupletando-se quase sempre dos impostos indevidos. O que, faz-se essencial destacar, fere também o princípio da legalidade, posto que, ao se inviabilizar dessa forma a repetição de indébito pago a título de tributo, é como se permitisse a cobrança de tributo sem lei que defina sua hipótese de incidência.

4.2 NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O preço cobrado dos consumidores por um determinado produto ou serviço pode agregar vários fatores que se somam a ele até perfazer o total pago pelo consumidor. Nas relações de consumo, o preço está intimamente ligado às leis da oferta e da procura, ou seja, a disponibilidade da mercadoria ou do serviço e a quantidade de pessoas que demandam a mercadoria ou o serviço influenciam diretamente no seu preço. Ocorre que como explicado existem outros fatores que influenciam no preço da mercadoria, o fator que influencia no preço da mercadoria que interessa ao Direito Tributário é a repercussão da cobrança de impostos no preço final do produto ou da mercadoria.

Pode-se perceber que em geral aumentando-se o valor de um imposto, junto com ele aumenta-se também o valor do preço cobrado ao consumidor final. Obviamente existem exceções, de forma que às vezes, apesar do aumento de imposto não há aumento no preço do produto, nesses casos pode-se afirmar que o contribuinte descrito na norma jurídica arcou com o ônus tributário.

O consumo está intimamente ligado à economia, por isso, muitas vezes, para à ciência do direito, é difícil analisar as nuances consumeristas. Quando tratamos de repercussão de tributo no preço de um serviço ou mercadoria, tratamos do preço de uma mercadoria, ocorre que o preço é a soma de vários fatores, não só o lucro somado ao preço de custo. Logo, o consumidor final paga ao fornecedor do produto ou ao prestador do serviço o somatório de seus custos de fornecimento, a título de matérias-primas, mão-de-obra, manutenção da estrutura operacional e a repercussão

financeira dos encargos tributários. Estes últimos é que mais aguçam a nossa pesquisa jurídica tributária.

Quando tratamos de consumo também é importante ressaltar sobre o significado da relação de consumo, que é a relação experimentada entre o consumidor final e o fornecedor da mercadoria ou prestador de serviço

"as relações de consumo são bilaterais, pressupondo numa ponta o fornecedor - que pode tomar a forma do fabricante, produtor, importador comerciante e prestador de serviço -, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros, e, na outra ponta, o consumidor, aquele subordinado às condições e aos interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços, no atendimento de suas necessidades de consumo. A política Nacional deve ter por objetivo, em primeiro plano, o atendimento das necessidades dos consumidores -, mas deve preocupar-se também com a transparência e harmonia das relações de consumo, de modo a pacificar e compatibilizar interesses eventualmente em conflito. O objetivo do Estado, ao legislar sobre o tema, não será outro que não o de eliminar ou reduzir tais conflitos, sinalizar para a seriedade do assunto e anunciar sua presença como mediador, mormente para garantir proteção à parte mais fraca e desprotegida" (ALMEIDA, 2009, p. 1).

Objetivo importante dessa Política é também a postura do Estado de garantir a melhoria da qualidade de vida da população consumidora, quer exigindo o respeito à sua dignidade, quer assegurando a presença no mercado de produtos e serviços não nocivos à vida, à saúde e à segurança dos adquirentes e usuários, quer, por fim, coibindo os abusos praticados e dando garantias de efetivo

ressarcimento, no caso de ofensa a seus interesses econômicos.

Nas relações de consumo, o sujeito consumidor deseja que lhe seja prestado um serviço ou que lhe entreguem um produto, embora o sujeito fornecedor vise o lucro. Deste modo, acerca da política consumerista estatal, João Batista de Almeida (2009, p.17) informa que

Objetivo importante dessa Política é também a postura do Estado de garantir a melhoria da qualidade de vida da população consumidora, quer exigindo o respeito à sua dignidade, quer assegurando a presença no mercado de produtos e serviços não nocivos à vida, à saúde e à segurança dos adquirentes e usuários, quer, por fim, coibindo os abusos praticados e dando garantias de efetivo ressarcimento, no caso de ofensa a seus interesses econômicos.

Neste panorama, existem princípios jurídicos que visam proteger a relação de consumo que devem se observados sempre, conforme expõe Almeida (2009, p.17)

A Política Nacional de Relações de Consumo deve estar lastreada nos seguintes princípios:

a) *Vulnerabilidade do consumidor.* (...). É indubitoso que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; apresenta ele sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico. (...)

[...]b) *Presença do Estado.* (...), está claro que que o Estado deve ser chamado para proteger a parte mais fraca , por meios legislativos e administrativos, de sorte a garantir o respeito aos seus interesses. (...).c) *Harmonização de interesses.* Como se disse, o objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo deve ser a

harmonização dos interesses envolvidos e não o confronto ou o acirramento de ânimos. (...).d) *Coibição de abusos*. (...). Deve garantir-se não só a repressão aos atos abusivos, como a punição de seus autores e o respectivo ressarcimento, mas também a atuação preventiva tendente a evitar a ocorrência de novas práticas abusivas, afastando-se aquelas que podem causar prejuízos aos consumidores, como a concorrência desleal e a utilização indevida de inventos e criações industriais. A coibição preventiva e eficiente dessas práticas representará o desestímulo dos potenciais fraudadores. *A contrario sensu*, a ausência de repressão, ou mesmo o afrouxamento, representará impunidade, e, pois, estímulo.e) *Incentivo ao autocontrole*. (...). De três maneiras pode-se dar o autocontrole. Em primeiro lugar, pelo eficiente controle da qualidade e segurança de produtos defeituosos no mercado, o que refletirá na diminuição ou eliminação de atritos com o consumidor. Em segundo lugar, pela prática do *recall*, ou seja, a convocação dos consumidores de bens produzidos em série e que tenham defeitos de fabricação que possam atentar contra a vida e a segurança dos usuários, arcando o fornecedor com as despesas de substituição das peças defeituosas. Há o reconhecimento do defeito, mas ao mesmo tempo ele é sanado pelo próprio fabricante, sem prejuízo ou custo para o consumidor.

f) *Conscientização do consumidor e do fornecedor*. (...) é natural que a maior conscientização das partes no que toca aos seus direitos e deveres conduzirá fatalmente a esse

objetivo [equilíbrio]. Pode-se adiantar que quanto maior o grau de conscientização das partes envolvidas, menor será o índice de conflito nas relações de consumo. (...)

g) *Melhoria dos serviços públicos.* (...). Também a área pública, oficial, deve ter o compromisso de prestar serviços públicos igualmente seguros e eficientes, que não atentem contra a vida, a saúde e a segurança do consumidor. Ante ao reconhecimento da alta precariedade com que são prestados os serviços públicos, notadamente os de transporte e saúde, é feita recomendação aos governos no sentido de racionalizá-los, o que se enquadra no objetivo maior de proteger o consumidor e melhorar-lhe a qualidade de vida.

Agora, é importante lembrar o conceito de imposto indireto: imposto indireto é aquele que a diminuição patrimonial é experimentada por terceiro diferente do sujeito passivo, sendo sujeito passivo aquele sujeito estabelecido por lei. Deve-se também ressaltar que imposto direto seria aquele em que o próprio sujeito passivo arca com o ônus financeiro do pagamento do tributo.

Neste aspecto, inicialmente, reconhecemos que é difícil se precisar se houve a transferência ou não do ônus do tributo e qual tributo deve ser reconhecidamente indireto, mas levando-se em conta o tópico das provas que mostra que existem formas sim de se demonstrar que o ônus do tributo foi repassado e aceitando os critérios da incidência sobre negócios jurídicos; da plurifasia; e da não cumulatividade, para se reconhecer um imposto indireto faz-se possível se reconhecer a repercussão do imposto para o consumidor final.

Não há de fato uma relação direta do consumidor final que arca com o ônus tributário, ainda que indevido, com o Fisco. De modo que o contribuinte, sujeito passivo da relação tributária, seria o realmente o

legitimado para ajuizar a Ação de Repetição do Indébito, não se excluindo no caso dos impostos indiretos os requisitos feitos pelo artigo 166 do Código Tributário Nacional.

Assim, questiona-se de quem seria a legitimidade para requer judicialmente em caso de cobrança indevida, a título, de tributo indireto. Alguns doutrinadores indicam que não podem figurar terceiros como sujeitos legitimados para propor uma ação de repetição de indébito, que não sejam sujeitos passivos da relação jurídico-tributária. Por exemplo, de Hugo de Brito Machado Segundo (2011, p.108) indica

O que não se pode admitir, convém reiterar, é que uma relação jurídica tenha em seu polo passivo pessoas que dividem essa posição (de fato e de direito) de sorte que nenhuma delas possa exercer as faculdades que não são próprias, sem que lhes aliviem, contudo, o ônus.

O Código Tributário Nacional no artigo 165, já citado, apresenta que o legitimado para propor ação em matéria tributária acerca da repetição de créditos tributários é o sujeito passivo, o obrigado ao recolhimento do tributo.

No tocante à relação de consumo, como há, geralmente, o repasse do ônus tributário para o consumidor, é importante que o legitimado para tal repetição cumpra os requisitos trazidos pelo artigo 166 do Código Tributário Nacional. Do contrário, seria de extrema injustiça que o ônus tributário fosse repassado para outrem (quem não arca financeiramente com o tributo) e este sujeito passivo pudesse ser restituído por aquilo que ele não pagou.

A devolução, que ocorre sem atender aos requisitos do artigo 166, configura o enriquecimento sem causa, o qual é rechaçado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Como se pode perceber da leitura dos artigos 884 e seguintes do Código Civil:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir

o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Embora o sujeito passivo da relação tributária seja o legitimado para restituir o indébito mesmo nas relações tributárias. Pelo que foi exposto, a devolução do crédito tributário decorrente da relação consumerista poderá ser feita ao fornecedor/prestador, quando sujeito passivo, se este prova o ônus do pagamento do tributo. De outra forma, embora sujeito passivo, mas transferiu o ônus à terceiro, poderá repetir se este lhe dê autorização. No entanto, consideramos que só é possível se o valor que for recebido pelo sujeito passivo, seja repassado diretamente ao consumidor, que faz o papel de terceiro, perante ao fisco estatal.

4.3 NAS RELAÇÕES COM CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Antes de adentrarmos no assunto tema deste tópico, entendemos ser importante destacar o posicionamento deste. Posicionamos o estudo da legitimidade na ação repetitória nas relações com as concessionárias públicas dentro de um subcapítulo específico, apesar de se reconhecer que a relação aqui tratada é uma relação de consumo também, sendo, dessa forma, uma das possíveis relações consumeristas, reconhecemos que as relações dos consumidores com as concessionárias seguem regras tão específicas que devem ser analisadas apartadamente.

Inicialmente cumprem-se informar alguns conceitos inerentes aos serviços públicos, muitos deles ditados pela matéria Direito Administrativo.

Assim, salienta-se que os serviços públicos são atividades que o Estado toma para si para satisfazer necessidades coletivas. Dessa forma, "o Estado reputa que não convém delegá-las simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável que fiquem tão só sujeitadas a fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas" (MELLO, 2008, p. 665).

Serviço público é

"toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo" (MELLO, 2008, p. 664).

São apontados por Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 2006, p. 334 apud MELLO, 2008, p. 671) 5 princípios que devem nortear o serviço público, são eles: a) o da permanência ou continuidade; b) o da generalidade, que corresponde ao princípio da igualdade; c) o da eficiência ou mutabilidade, em que se exige a atualização do serviço; d) o da modicidade, que se exige tarifas razoáveis; e) o da cortesia.

Ressalta-se também o princípio da transparência, que preceitua que o maior número de pessoas possível devam conhecer tudo que está relacionado ao serviço e sua prestação.

Interessam também ao Direito Tributário neste estudo específico da legitimidade para se restituir valor monetário pago erroneamente a

título de tributo alguns dos princípios citados acima, como o princípio da modicidade e o princípio da transparência.

Urge aqui ressaltar que o consumidor de serviços públicos paga, em verdade, um valor correspondente à tarifa adicionada ao ônus de alguns tributos, de forma que se pode entender que o princípio da modicidade deve abarcar não só a tarifa, mas o preço total pago pelo usuário. Impondo-se que tal valor deve ser módico, ou seja, cômodo, modesto, parco, pequeno. Dessa forma tanto se os impostos tiverem tarifas demasiadamente altas, quanto se cobrar-se valor indevido a título de tributo, desvirtuar-se-ia da efetivação do princípio da modicidade.

Faz-se importante também destacar a orientação dada pelo Código de defesa do Consumidor sobre a racionalização dos serviços públicos.

“O inciso VII do artigo 4º [do Código de Defesa do Consumidor] sob comento fala da racionalização dos serviços públicos. O alcance desse dispositivo é dúvida. Realmente, quando se fala de relações de consumo, o que se tem em vista são os chamados serviços públicos *uti singuli*, ou seja, prestados e colocados à disposição dos consumidores de modo geral, pelo próprio Poder Público, ou então por empresas concessionárias ou permissionárias, mas renumeradas mediante uma tarifa ou preço público (água e esgoto, gás, transportes coletivos, etc.). Já os serviços públicos *uti universis* são aqueles prestados diretamente pelo Poder Público (educação, saúde pública, etc.), e renumerados indiretamente mediante recolhimento de tributos, de forma geral (impostos) ou específica (taxas e contribuições de melhoria).

Ora, quer-nos parecer que o dispositivo em pauta, assim como no artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor, referem-se especificamente aos primeiros, já que esse último dispõe o seguinte:

‘Artigo 22 - Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos ’” (FILOMENO, 2007, p. 16-17).

Já se analisando o princípio da transparência, pode se verificar que este é um meio de garantir que nas cobranças emitidas pelas concessionárias públicas estará explícito o *quantum* de encargo tributário está sendo repassado para o tomador do serviço, o que inclusive mais tarde, na nossa concepção, poderia ser acatado como prova da transação. Também acreditamos que esse princípio pode ser uma forma de conscientizar os consumidores de que tal prática é efetuada e alertar que, apesar de ainda não existir consenso no judiciário, o consumidor pode tentar ele mesmo pleitear ação repetitória do indébito, posto que, essa legitimidade, por vezes, é reconhecida pela jurisprudência, parecendo, inclusive, que esta se encaminha no sentido de reconhecer a legitimidade do consumidor para pleitear tal ação.

A nossa Constituição condiciona necessariamente a titularidade do Estado alguns serviços públicos. Como exemplos, temos as telecomunicações, os serviços e instalações de rede elétrica e o aproveitamento energético dos cursos d’água.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial número 1.299.303/SC, cuja ementa segue abaixo:

PROCESSO CIVIL - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ICMS - DEMANDA CONTRATADA DE ENERGIA ELÉTRICA - LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR - PECULIARIDADES - ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - OMISSÃO - INEXISTÊNCIA.

1. Os embargos de declaração são o instrumento processual cabível para sanar omissão, contradição ou obscuridade no julgado.

2. Acórdão embargado que se manifestou exaustivamente sobre a legitimidade ativa do consumidor/usuário de energia elétrica para repetir indébito tributário pertinente à incidência do ICMS sobre demanda de energia elétrica contratada.

3. Inexiste violação à cláusula de reserva de plenário - art. 97 da Constituição Federal - se não há formação de juízo de valor sobre incompatibilidade vertical do art. 4º da Lei Complementar nº 87/96 e a Carta Magna, mas adequação da figura do usuário/consumidor de energia elétrica ao disposto no art. 166 do CTN.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1299303/SC, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 01/02/2013)

Assim, o voto do Ministro Asfor Rocha apresenta a legitimidade do consumidor de energia pleitear a repetição do indébito, em que o proferiu no seguinte teor:

Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.

Nesse acórdão, o relator Ministro Cesar Asfor Rocha, julgou inadequado criar obstáculos quanto ao ajuizamento dos pedidos de devolução do indébito por consumidores, considerando-se as normas que regem a atividade das concessionárias. Ressaltamos aqui que é permitido a elas o repasse de tributo. Voltando ao entendimento do Ministro, este

ressalta também sobre a relação assinalagmática que se consubstancia nesse caso entre os “braços fortes do Estado” e “o consumidor ficaria relegado e desprotegido”. O ministro também reitera a questão que já foi aqui tratada de as concessionárias não acionarem o Poder Judiciário havendo valor pago indevidamente ao Fisco, posto que isso não lhes aufera vantagens econômicas.

Informa-se que o Estado é o titular dos serviços públicos, sendo ou não titular de sua prestação. Podendo a titularidade da prestação ser imputada a terceiro, podendo se consubstanciar-se numa concessão de serviço público.

Dessa maneira, concessão de serviço público é

“o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia constitucional de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço” (MELLO, 2008, p. 690).

Ressalta-se que a concessão é

“um instituto oriundo da necessidade de satisfazer pelo melhor modo possível o interesse público, dispõe o concedente de todos os meios necessários para adequá-la ao alcance do propósito. O concedente não se despoja – nem poderia fazê-lo – dos poderes requeridos para impor a realização mais conveniente do interesse coletivo” (MELLO, 2008, p. 722).

São poderes do concedente: o poder de inspeção e fiscalização; o poder de ação unilateral das cláusulas regulamentares; poder de extinguir

a concessão e do fim do prazo inicialmente estabelecido; poder de intervenção; poder de aplicar sanções ao concessionário inadimplente.

Esclarecidos esses conceitos preliminares, cumpre-se ressaltar que por se tratar, muitas vezes, de serviços essenciais, a procura desses serviços não varia de forma considerável, possuindo assim uma elasticidade-preço rígida. Consta-se também que “quando a elasticidade-preço da oferta é maior do que a elasticidade-preço da demanda, um imposto seletivo recai principalmente sobre os consumidores” (KRUGMAN E WELLS, 2007, p. 111 apud MACHADO SEGUNDO, 2011, p. 16).

Ocorre que se tratando de serviços prestados por concessionárias públicas, pode-se afirmar dizer que todos eles são imprescindíveis no cotidiano das pessoas, de forma que os consumidores realmente necessitem da prestação de tais serviços, não podendo os mesmos optar por não se servir desse ou daquele. Assim, torna-se ainda mais fácil a aferição do repasse do ônus tributário no caso de aumento do preço cobrado, posto que as há uma constância na procura desses serviços, de forma que as leis econômicas da oferta e da procura não tenham quase nenhuma influência nessa análise. Ressalta-se ainda a que a tarifa deve seguir leis positivadas pelas entidades estatais.

Especificamente, tratando-se de energia elétrica,

“Diferentemente das operações tributadas pelo ICMS, a energia é tarifada. E mais: a tarifa é fixada por órgão federal, que nesse procedimento não leva em conta o valor do ICMS, até porque este é diferente em cada Estado-membro. Tanto que os contratos de concessão asseguram às concessionárias o direito de exigir dos usuários a tarifa fixada pela Agência Nacional de Energia elétrica (ANEEL) e o ICMS incidente na operação, em típico exemplo de repercussão jurídica [...]. Desse modo, ainda que válidas e pertinentes todas as premissas recentemente fixadas pelo STJ para negar legitimidade ativa *ad causam* àqueles considerados “meros contribuintes de

fato”, elas não poderiam ser aplicadas ai ICMS incidente sobre a energia, quando a restituição fosse postulada pelo consumidor” (MACHADO SEGUNDO, 2011, p. 40-41).

Nos serviços públicos, é muito mais simples a comprovação da transferência do ônus tributário, posto que, é o Estado que determina a tarifa ou preço público que a concessionária deve cobrar dos tomadores dos serviços públicos, podendo ser estabelecidos a depender do caso pela União, Estados ou Municípios. Dessa forma, nos serviços públicos, o repasse do ônus é explícito, posto que segue imposições normativas.

As tarifas são as fontes de recursos das concessionárias, entretanto não se excluem outras fontes de recursos, que podem eventualmente ser subsidiadas pelo concedente, ou, como se dá de forma mais comum, arcadas pelo consumidor do serviço.

Dessa forma, pode-se concluir que o consumidor final tem que arcar em regra com a tarifa conjuntamente com o ônus tributário que lhe é repassado.

Salienta-se que é direito constitucional do usuário: a prestação de um serviço adequado (artigo 175, inciso IV, Constituição da República). Sendo que a Constituição ainda traz no mesmo artigo no inciso II que a lei deve tutelar outros direitos do usuário.

Em cumprimento ao inciso II do artigo constitucional supracitado (artigo 175, inciso II), a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, estabelece, em seu artigo 7º, vários direitos dos usuários dos serviços públicos, conforme pode se verificar com a dicção do artigo *in verbis*.

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei número 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Art. 7º-A. As concessionárias de serviços públicos, de direito público e privado, nos Estados e no Distrito Federal, são obrigadas a oferecer ao consumidor e ao usuário, dentro do mês de vencimento, o mínimo de seis datas opcionais para escolherem os dias de vencimento de seus débitos.

Hugo de Brito Segundo (MACHADO Coord., 2013, p. 217) assevera que

"[...] na prestação de serviços públicos, havendo fixação dos preços e manutenção de previsão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que se tem é a previsão normativa de que os ônus tributários sejam repassados aos usuários dos serviços. Isto não torna propriamente os usuários 'contribuintes', mas dá

a eles legitimidade para se insurgir contra esse repasse, quando indevido.

“A ação dos usuários pode ser movida contra o prestador do serviço público, caso este esteja a incluir no valor cobrado pelos serviços, tributos considerados indevidos, mas nada impede que se inclua em seu polo passivo também o ente público correspondente, ou mesmo apenas este. Afinal, é ele quem impõe o ônus, que por força das normas referentes ao serviço público, é juridicamente transferido ao usuário do serviço.”

Assim, este autor reconhece a possibilidade de, no caso das concessionárias públicas, ser possível reconhecimento da legitimidade do consumidor final, ressaltando que isso não significa reconhecer-se também, dessa forma, a figura do contribuinte de fato.

Entendemos também de forma parecida, posto que, independentemente de se acatar a classificação do contribuinte de fato e do contribuinte de direito, os casos que foram tratados nesse tópico são muito específicos, já que quando se refere à prestação de serviços feitos por concessionárias públicas, a transferência do ônus é de fácil aferição; as concessionárias enquanto sujeitos passivos legalmente definidos não tem interesse de pleitear valor pago indevidamente a título de tributos, posto que não auferem benefício patrimonial no caso de reconhecimento do indébito pelo judiciário; entre outras particularidades aqui enunciadas. Por tudo isso, entende-se que neste caso específico o consumidor deve ser legitimado a peticionar Ação de Repetição do Indébito.

Salienta-se que a Lei número 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da concessão de serviços públicos, estabelece que o ônus tributário pode ser repassado ao contribuinte, exceto os impostos que incidem sobre a renda (artigo 9º *caput* e parágrafo 3º). Excetuam-se também os impostos incidentes sobre o patrimônio, pois, além de não serem indiretos, no caso específico das prestadoras de serviço público, os bens, quase em sua totalidade, também são públicos.

É de extrema importância frisar neste momento que como as concessionárias de serviços públicos repassam o ônus tributário para o consumidor de seus serviços, o que é permitido através de texto normativo (Lei 8.987/95), tais concessionárias não se preocupam em questionar um possível tributo indevido, porque não experimenta nenhuma diminuição patrimonial, de forma a, por exemplo, diminuir os lucros por ela auferidos.

Inclusive, ressaltasse que tal repasse do ônus tributário é feito de forma explícita, como se pode conferir em uma nota fiscal na parte “informações de tributos”.

Observando-se uma nota fiscal, podemos perceber o repasse do ônus referente ao Imposto sobre a Circulação de Bens e alguns Serviços. O que evidencia que é realmente o tomador do serviço quem arca com o ônus tributário deste imposto indireto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa desenvolvida, percebe-se que existem impostos em que o ônus tributário é repassado a terceiro diferente do sujeito passivo. Estes impostos são chamados impostos indiretos. Embora se constate nesta pesquisa que a doutrina ainda não é uníssona quanto ao reconhecimento de impostos indiretos, entende-se que é completamente possível o reconhecimento dos impostos indiretos, de forma a se aceitar a classificação de impostos em diretos e indiretos.

Inicialmente, os impostos indiretos seriam aqueles que repercutem economicamente em um terceiro estranhos à relação jurídico-tributária. Assim, imposto direto seria aquele em que a mesma pessoa que esta legalmente definida como contribuinte na legislação tributária é quem arca com o ônus do imposto.

Mas, diante do estudo, reconhecemos a dificuldade de se estabelece qual o imposto é direto e qual é indireto, em função do repasse do ônus tributário está ligado diretamente a fatores econômicos, de forma que às vezes é difícil precisar se houve o repasse ou não.

Ressalta-se, inclusive, que alguns doutrinadores classificam o repasse do ônus tributário como um elemento metajurídico, defendendo, assim, que isso não tem relação com o direito, sendo um dado das ciências econômicas.

Ocorre que acreditamos do artigo 166 do Código Tributário Nacional trouxe a questão do encargo tributário para o âmbito das ciências jurídicas, posto que é plenamente possível uma norma tornar um fato da realidade em fato jurídico.

Dessa forma, defendemos que o que se dá quando o fornecedor ou prestador transfere o valor do tributo para o consumidor final é a repercussão jurídica.

A partir desta constatação, passamos a conceituar que imposto indireto é aquele que repercute juridicamente sobre terceiro que não participa da relação jurídico-tributária, não estando no polo passivo, mas arca com o ônus do encargo financeiro do tributo.

Cumpr-se informar, aqui, que o artigo 166 do Código Tributário Nacional também trouxe a obrigatoriedade de se provar que o contribuinte, sujeito passivo, não repassou o ônus para terceiro, ou em caso de repasse que este lhe dê autorização para pleitear em juízo a repetição do indébito. Uma parte da doutrina entende que produzir-se tal prova é inviável, mas entendemos ser possível esta produção.

Evidencia-se diante do que já foi dito quanto à aplicação do artigo 166 do Código Tributário Nacional, que este não é inconstitucional, pois sendo possível aplicá-lo não se cria obstáculo à repetição de indébito, dessa forma, não ferindo a Constituição da República.

Mas se constata que apesar de não existir, na legislação tributária, previsão específica sobre a produção de provas no caso de indébito de impostos indiretos, é possível, sim, se comprovar a assunção do ônus ou a transferência do mesmo, utilizando-se todos os meios de prova em direito permitidos. Sendo exemplos de possíveis provas para se comprovar o caso em tela: o tabelamento oficial da mercadoria ou do produto e a manutenção dos preços habituais.

Ainda é importante ressaltar-se quanto a identificação do contribuinte de fato, posto que o prestador ou fornecedor deve manter cadastro para poder, em caso de se verificar posteriormente que o imposto indireto era indevido, identificar o consumidor final.

Inerente à classificação de impostos em diretos e indiretos está a classificação de contribuinte de fato e de contribuinte de direito. De acordo com esta classificação, o contribuinte de direito seria o sujeito passivo determinado em norma tributária e, também, quem arca com o ônus do pagamento tributário. Já o contribuinte de fato, é aquele que sofre a repercussão jurídico-financeira da imposição fiscal, apesar de não participar da relação jurídico-tributária.

De modo que, o terceiro ao adquirir alguma mercadoria ou serviço, mesmo não sendo o sujeito passivo definido em norma tributária, efetivamente, percebe uma influência real no preço final dos produtos ou serviços consumidos, salvo algumas exceções, como, por exemplo, a venda da mercadoria a preço de custo.

Frisa-se também sobre como se deve identificar os impostos indiretos, muitos são os critérios utilizados na doutrina, mas parece-nos que atrelar a identificação dos impostos indiretos a incidência sobre negócios jurídicos, a plurifasia, e a não cumulatividade, é o melhor caminho, posto que, assim, não há necessidade de criação de norma específica para assegurar a classificação de impostos em diretos e indiretos e tutela os casos de repercussão jurídica. Dessa forma, são indiretos o Imposto sobre a Circulação de Serviços e Mercadorias e o Imposto sobre Produtos Industrializados.

Diante de tudo o que foi analisado, podemos afirmar que o legitimado para questionar, diante do judiciário, a repetição do indébito pago a título de imposto indireto é do sujeito passivo da relação jurídico-tributária, já que nas relações de consumo comuns seria impossível entender-se de forma diferente, porque muitos fatores influenciam sua dinâmica, assim, ficando a cargo do vendedor ou prestador pleitear a ação de repetição do indébito, seguindo os requisitos do artigo 166 do Código

Tributário Nacional, que são ou a prova de que não transferiu o ônus tributário ou a autorização de terceiro que suportou o ônus tributário.

Mas fizemos uma exceção a essa regra, de forma que se tratando da cobrança de valor indevido pago a título de imposto indireto pelos serviços prestados por concessionárias públicas, em função de, segundo autorização legal (Lei 8.987/95), os tributos serem necessariamente repassados ao consumidor final e, de forma corroborativa, os impostos estarem explícitos, tornando o pagamento do imposto de fácil verificação, é possível a legitimação do consumidor final para pleitear ação de repetição do indébito tributário.

Desse modo, entendemos que o tomador de serviço prestado por concessionária pública, tem particularidades que os demais consumidores não gozam, posto que no caso dos tomadores de serviços prestados por concessionárias públicas a tributação é feita de forma mais aparente, podendo-se verificar que realmente ocorreu e, também, precisar o valor do imposto, seja este indevido ou não.

Ressalta-se que não reconhecemos que o simples fato de haver indébito tributário referente a suposto imposto indireto dá ao consumidor final a legitimidade para pleitear ação de repetição do indébito, defendemos aqui a legitimidade apenas nos casos dos tomadores de serviços de concessionárias públicas, pois tais relações regem-se de forma especial, de forma a diferenciá-las das demais relações de consumo.

Bibliografia

ALMEIDA. João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMARO. Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ATALIBA. Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed - 13. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. Atualizada por Mizael Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BERNO. Cheryl. **Restituição de Tributo Inconstitucional**. 1. ed. Curitiba: Juará, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa, 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

da Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, v. 4, n. 2, p. 21-31, mar. 1998.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. - 2. tiragem. São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDES, Luis Dias. **Repetição do Indébito Tributário - O inconstitucional artigo 166 do CTN**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FILOMENO. José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Repetição do Tributo Indireto**: incoerências e contradições. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MACHADO. Hugo de Brito Coord.. **Tributação Indireta no Direito Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MACHADO. Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MÖRSCHBÄCHER. José. **Repetição do indébito Tributário Indireto**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. **Sujeição Passiva Tributária**. 1. ed. - 2. tiragem. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

SHOUERI. Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRÓCCOLI JÚNIOR. Henrique. Repetição do Indébito – Legitimidade Ativa – Contribuinte de Fato – Repercussão Jurídica – Enriquecimento Indevido. **Revista de estudos Tributários**, Porto Alegre, v. 13, n. 73, maio/jun. 2010.

VIEIRA, Alberto de Lima. Empreitada de obra pública rodoviária por preço global. **Revista**

[1] O Código Tributário Nacional (Lei 5.172), denominado assim pelo Ato Complementar 36/67, inicialmente era uma lei ordinária, pois na época de sua criação em 1966 não existia a figura da lei complementar, mas após a Emenda 1/69, que alterou a Constituição da República de 1967, introduziu-se (artigo 18, § 1º, Emenda 1/69) a figura da lei complementar e

estabeleceu-se que ela seria o meio adequado para se dispor sobre normas gerais de direito tributário, seus conflitos de competência e as limitações constitucionais ao poder de tributar, assim, o Código Tributário foi recepcionado como lei complementar, pois passou a ser matéria de lei complementar, o que permanece até a atualidade com a Constituição de 1988.

LICITAÇÕES: NOÇÕES ELEMENTARES

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO:

Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

RESUMO: O presente artigo possui o objetivo de apresentar noções elementares sobre o tema licitação a fim de que o leitor passe a ter maior adequação e consciência em relação e legislação vigente.

Palavra-chave: licitação, direito administrativo, noções elementares.

ABSTRACT: The purpose of this article is to present elementary notions about the subject of bidding so that the reader can become more adequate and aware in relation to current legislation.

Keywords: bidding, administrative law, basic concepts.

INTRODUÇÃO

Licitação é o termo que trata sobre o procedimento administrativo no qual determinado Estado empra possíveis interessados no certame de fornecimento de bens ou serviços, sendo assim estabelece uma forma competitiva dentre os possíveis candidatos ao fornecimento com o intuito de celebrar contrato administrativo com o prestador que vier a oferecer a melhor proposta dentro dos requisitos pré-estabelecidos.

Segundo a doutrina de Bandeira de Mello, podemos conceituar licitação como:

procedimento administrativo pelo qual uma
pessoa governamental, pretendendo

alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões,
permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições
por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de
propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de

parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados (MELLO, 2009, p. 519).

As licitações e contratos administrativos possuem competência para legislar concorrente, sendo assim, existem leis federais, estaduais, municipais e distritais que abordam tal tema. Todavia, compete a União legislar quanto as normas gerais, conforme explícito no art. 22, inciso XXVII de nossa Lei Maior.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.

Hodiernamente as normas gerais que abordam licitações e contratos encontram-se dispostas nas Leis federais 8.666/93 e 8.883/94. Tais normas tem por finalidade justificante da licitação o intuito de proporcionar a seletividade de determinado negócio mais vantajoso à Administração, ou seja, almejando a melhor proposta ou competitividade e, desta forma assegurando aos administradores partícipes do processo idêntica possibilidade de realização dos negócios com a referida Administração.

Conforme estabelece o art. 1º da Lei nº 8.666/93:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O dever de licitar, portanto, recai obrigatoriamente para contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados do Distrito Federal dos Municípios, incluindo órgãos da Administração direta, fundos especiais, fundações públicas, empresas públicas, autarquias, sociedades de economias e todas demais entidades que de maneira direta ou indireta sejam controladas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A natureza jurídica da licitação é a de procedimento administrativo, uma vez que se trata de um conjunto ordenado de atos e atuações estatais que antecedem e constituem o fundamento de uma decisão administrativa. Note-se que tal procedimento administrativo é sempre vinculado, no sentido de que, fixadas suas regras, deve o administrador observá-las rigorosamente (CARVALHO FILHO, 2013, p. 237).

Neste momento cabe apontamento quanto a deliberação do Tribunal de Contas da União (TCU), conforme segue: "A licitação não deve perder seu objetivo principal, que é obter a proposta mais vantajosa à Administração, mediante ampla competitividade, a teor do art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993". (Acórdão 1734/2009 Plenário).

1. OBJETIVOS E FINALIDADES

O objetivo licitatório tem por finalidade assegurar o princípio constitucional da isonomia, assegurando aos interessados a oportunidade de contratação para com o Estado diante das normas previamente estipuladas e aplicáveis de maneira equitativa; seleção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, tendo em vista que a competição entre os interessados que atendem os requisitos e atributos estipulados para a contratação resulta em melhor proposta para a Administração; e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável o qual se encontra expresso no art. 3º da Lei nº 8.666/93 por rigor da Lei nº. 12.349/2010, destarte, a Administração deve implementar contratos administrativos que contenham cláusulas de sustentabilidade ambiental, econômica, cultural e social.

2. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

As modalidades de licitação ou formas de realização de procedimento licitatório procuram adequar-se as particularidades de cada tipo de negócio administrativo. Existem seis modalidades licitatórias: concorrência pública; tomada de preços; convite; leilão; concurso; e pregão.

Concorrência pública é a modalidade de licitação que possui ampla publicidade para objetos de grande valor, sendo que na fase inicial de habilitação preliminar os interessados deverão comprovar os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital.

A tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados que atendem todas as condições exigidas para cadastramento até três dias anteriores à data de recebimento da proposta, observada a qualificação necessária é utilizada para objetos de valor intermediário.

Convite é a modalidade utilizada para objetos de pequeno valor entre interessados do ramo específico a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa que afiará, em local determinado, cópia da convocatória e estenderá aos demais cadastrados na especialidade correspondente que manifestarem interesse com antecedência de 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Concurso é a modalidade de licitação servindo para trabalhos técnicos, científicos ou artísticos, mediante a instituição de remuneração ou

premiação aos vencedores de acordo com critério constante em edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços, criada pela Lei nº 10.520/2002, válida para todas as esferas federativas e funciona no sistema de “menor valor”.

3. FASES DA CONCORRÊNCIA

As fases da concorrência no procedimento licitatório padrão são divididas em cinco: instrumento convocatório; habilitação; classificação; homologação; e adjudicação.

Instrumento convocatório consiste na publicação do edital ou carta-convite (casos da modalidade convite), neste convocam-se todos os interessados em participar do certame licitatório, estabelece as condições para participação, descrição detalhada do objeto, contrato resumido, critérios de determinação do vencedor e, também, a forma de pagamento. O edital desempenha as funções de: conferir publicidade à licitação; identificar objeto licitado e delimitar o universo das propostas; circunscreve o universo de proponentes; estabelece critérios de avaliação e análise dos proponentes e propostas; regula atos e termos processuais do procedimento; e fixa as cláusulas do futuro contrato.

A habilitação consiste na análise de documentos comprobatórios do preenchimento das condições de participação pré-estabelecidas no respectivo edital. Conforme rege o art. 27 da Lei nº. 8.666/93:

Para a habilitação nas licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I – habilitação jurídica;
- II – qualificação técnica;
- III – qualificação econômico-financeira;
- IV – regularidade fiscal;

V – demonstração de ausência de trabalho infantil, nos termos do art. 7º, inc. XXXIII, da CF.

Por seu turno a classificação refere-se ao julgamento das propostas em conformidade com os critérios estabelecidos no edital. Na homologação se dá o procedimento de análise pela autoridade superior a

fim de buscar qualquer ilegalidade, caso não haja, o certame é homologado.

Em tempo, a adjudicação se apresenta quando o objeto do certame é juridicamente atribuído ao respectivo vencedor.

4. PRAZOS MÍNIMOS PARA RECEBIMENTO DE PROPOSTAS

Os prazos mínimos entre a publicação do instrumento convocatório e o recebimento das propostas encontra-se disposto no art. 21, §2º da Lei nº 8.666/93, os quais são de 45 (quarenta e cinco) dias para concurso; e concorrência quando o contrato a ser celebrado for de regime de empreitada integral ou quando a licitação for da espécie "melhor técnica" ou "técnica e preço". O prazo de 30 (trinta) dias se dá para concorrência em casos específicos em lei; na tomada de preços, quando a licitação for do tipo "técnica e preço" ou "melhor técnica". De 15 (quinze) dias é o prazo para a tomada de preços em casos previstos na legislação, ou leilão. De 5 (cinco) dias úteis é o prazo para convite.

5. DISPENSA, INEXIGIBILIDADE, VEDAÇÃO E LICITAÇÃO DISPENSADA

Devemos atentar quanto a casos que a licitação não é realizada sendo assim, a Administração tem a possibilidade de contratação direta com o prestamista. Podemos dividir estes casos em três tipos distintos: dispensa; inexigibilidade; vedação; e licitação dispensada.

No que se refere a dispensa esta se dá através de casos previstos em lei, nestes a licitação é possível, porém inconveniente ao poder público sendo a decisão quanto a contratação discricionária. A fim de maior informação vejamos o art. 24 da Lei 8.666/93 o qual enumera os casos de dispensa:

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e

concomitantemente; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998).

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998).

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços; (Vide § 3º do art. 48)

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional; (Regulamento).

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994).

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994).

XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei: (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994).

XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres,

mediante parecer de comissão instituída por decreto; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994).

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994).

XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea "b" do inciso I do caput do art. 23; (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016).

XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998).

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998).

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998).

XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida. (Incluído pela Lei nº 10.973, de 2004).

XXVII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e

defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública. (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007). (Vigência)

XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. (Incluído pela Lei nº 11.484, de 2007).

XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força. (Incluído pela Lei nº 11.783, de 2008).

XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal. (Incluído pela Lei nº 12.188, de 2.010) Vigência.

XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012).

XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013).

XXXIV - para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, nos termos do inciso XXXII deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015).

XXXV - para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública. (Incluído pela Lei nº 13.500, de 2017).

§ 1º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para

compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012).

§ 2º O limite temporal de criação do órgão ou entidade que integre a administração pública estabelecido no inciso VIII do caput deste artigo não se aplica aos órgãos ou entidades que produzem produtos estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012).

§ 3º A hipótese de dispensa prevista no inciso XXI do caput, quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016) Regulamento.

§ 4º Não se aplica a vedação prevista no inciso I do caput do art. 9º à hipótese prevista no inciso XXI do caput. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016).

Por seu turno a inexigibilidade se dá através da hipótese na qual o certame é impossível, por exemplo, contrato de determinado artista para a realização de um show, ou seja, *intuitu personae*. Com isto,, a decisão quanto a contratação é vinculada.

Os casos de vedação se apresentam em situações emergenciais, nas quais a Administração Pública demanda determinado produto ou serviço, por exemplo, compra de vacina devido a epidemia.

Por fim, segundo alguns doutrinadores a licitação dispensada consta em lei e dispensa o certame em hipóteses clássicas, conforme disposto no art. 17 da Lei nº. 8.666/93:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos,

inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i; (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009)
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; (Incluída pela Lei nº 8.883, de 1994).
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007).
- g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)
- h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; e (Redação dada pela Lei nº 13.465, 2017).

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;

e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

§ 1º Os imóveis doados com base na alínea "b" do inciso I deste artigo, cessadas as razões que justificaram a sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário.

§ 2º A Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se: (Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005).

I - a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

II - a pessoa natural que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura,

ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural, observado o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009; (Redação dada pela Lei nº 13.465, 2017).

§ 2º-A. As hipóteses do inciso II do § 2º ficam dispensadas de autorização legislativa, porém submetem-se aos seguintes condicionamentos: (Redação dada pela Lei nº 11.952, de 2009).

I - aplicação exclusivamente às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

II - submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo da destinação e da regularização fundiária de terras públicas; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

III - vedação de concessões para hipóteses de exploração não-contempladas na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas, ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico; e (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

IV - previsão de rescisão automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade, ou necessidade pública ou interesse social. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

§ 2º-B. A hipótese do inciso II do § 2º deste artigo: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

I - só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

II - fica limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite; (Redação dada pela Lei nº 11.763, de 2008).

III - pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea g do inciso I do caput deste artigo, até o limite previsto no

inciso II deste parágrafo. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

IV – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.763, de 2008).

§ 3º Entende-se por investidura, para os fins desta lei: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998).

I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea "a" do inciso II do art. 23 desta lei; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998).

II - a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998).

§ 4º A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

§ 5º Na hipótese do parágrafo anterior, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994).

§ 6º Para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea "b" desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994).

§ 7º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por certo o processo licitatório visa atender os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que se aplicam a esfera da Administração Pública.

Todavia existem exceções ao certame que visam atender a necessidade da Administração Pública a fim de prestar um serviço qualificado ao cidadão, contudo para que haja controle se torna essencial a Lei de Acesso a Informação (LAI), bem como a atuação do cidadão.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acessado 02 ago 2018.

_____, **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**. DOU 06 de junho de 1994. Disponível em: . Acessado 03 ago 2018.

_____, Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. 4ª ed. Ver. Atual. e ampl. Brasília – DF. Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

"GEMIDOS DE 88" - DAS PRETENSÕES SOCIAIS CONSTITUCIONAIS AOS INTERESSES DOS LEGISLADORES ATUAIS

ANTONIO WILTON DA SILVA:

Graduado em história Especialista em história contemporânea, acadêmico em Direito e professor.

RESUMO: O presente trabalho visa analisar o texto constitucional, em uma perspectiva histórica e social, de forma a apontar alguns dos objetivos do texto constitucional, em detrimento ao que foi realmente efetivado ao longo desses 30 anos após a constituinte, analisando os avanços, problemas, as omissões legislativas, as eventuais contradições existentes no próprio texto original e os interesses ocultos na efetivação, ou não, da constituição cidadã

Palavras chave: Constituição, omissões, contradições, interesses.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the constitutional text, in a historical and social perspective, in order to point out some of the objectives of the constitutional text, to the detriment of what was actually accomplished during the 30 years after the constituent, analyzing the advances, problems, legislative omissions, any contradictions existing in the original text and the hidden interests in the effectiveness or otherwise of the citizen's constitution

Key words: Constitution, omissions, contradictions, interests.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2- Do desejo do constituinte a omissão do legislador atual; 3- O retrocesso social; 4- Contradições constitucionais; 5- Contradições do Supremo; 6- Considerações finais; 7- Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Historicamente a constituição federal de 1988 foi a mais abrangente e mais justa carta constitucional já criada no Brasil ela apresentou um rol de direitos "e de grupos sociais historicamente excluídos acobertados por tais

direitos” tal carta constitucional trouxe em seu texto uma série de inovações legislativas interessantíssimas, no tocante ao respeito às diferenças, a proteção as minorias sociais e aos trabalhadores.

Tal carta constitucional foi um reflexo do momento histórico em que o Brasil se encontrava e claro do interesse dos legisladores da constituinte, tendo em vista que o país saía de um regime de exceção que perdurou por duas décadas, representava essa nova legislação à síntese dos anseios do povo pela saída da daquele momento obscuro de violência e exceção e a euforia pela redemocratização, tais anseios culminaram com a criação de uma constituição que recebeu a alcunha de cidadã, essa com a missão de reparar falhas, promover a igualdade e proteger aqueles que necessitam de proteção.

Tendo em vista que a constituição é uma carta política sujeita as questões sociais políticas e econômicas, presentes no momento de sua criação, muitos dos ideais transmitidos pelos constituintes de 88 se diferem do pensamento dos representantes de hoje 30 anos após sua criação, muitos desses pensamentos, anseios e vontades constitucionais não se efetivaram, a mesma sendo vista por muitos, como norma programática, muitos de seus instrumentos para efetivação de direitos foram ignorados quando não suprimidos, seja pelo legislador atual, seja pelo “tribunal constitucional” que em tese deveria ser o guardião da constituição.

Tantos ataques ao texto constitucional um anseio ínfimo de sua efetivação em comparação com o legislador de 1988, levam facilmente a indagações muito problemáticas, como, a quem realmente servem aqueles constitucionalmente eleitos para resguardar e efetivar a vontade do povo o qual representam? A quais interesses suas demandas estão vinculadas? E qual realmente é o peso e o quanto o tribunal responsável pela proteção e efetivação da carta maior está preocupado com tais demandas?

DO DESEJO DO CONSTITUINTE A OMISSÃO DO LEGISLADOR ATUAL

O Brasil vive um momento de instabilidade social, política, econômica e acima de tudo moral, as injustiças sociais por parte dos que deveriam

fazer a justiça e em alguns momentos a mais absoluta ingerência protagonizada por aqueles foram, ou não, democraticamente eleitos para gerir o país, os quais corriqueiramente ignoram o descaso com o trato a coisa pública e o desrespeito aos mais vulneráveis economicamente além de outras tantas mazelas sociais, todas essas situações refletem as restrições e o desprezo a efetiva aplicação da vontade constitucional.

Ao buscar exemplos de omissões legislativas no tocante a efetivação de normatizações constitucionais, um dos mais visíveis problemas está no trato com determinadas normas constitucionais que devido à amplitude ou a especificidade do interesse específico, necessitam de uma complementação legislativa para entrarem no plano de validade, diferentes das normas constitucionais de eficácia plena, essas irrestritas, e as normas constitucionais de eficácia contida, que podem ser restritas são as chamadas normas constitucionais de eficácia limitada, essas se não é editado por parte do congresso legislação infraconstitucional específica não atingem seu objetivos. quanto a essas e a possibilidade de reparar sua incompletude no plano de eficácia explica Ivo Dantas:

É basicamente sobre este terceiro grupo de normas constitucionais consideradas, as de eficácia limitada ou reduzida, que a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, que são garantias constitucionais destinada à realização dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, se dirigem (IVO DANTAS, 1989, p. 55).

Tanto a Adin por omissão (artigo 103, § 2º, da CF/88).quanto o mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI, da CF/88) visam basicamente a garantia da efetivação dos enunciados constitucionais, no que tange as normas que necessitam de uma ação efetiva dos legisladores para a complementação necessária, através de legislação específica, porem a de observar a eficácia diferenciada entre esses instrumentos, sendo no aspecto de abrangência a Adin por Omissão por ser essa ,diferentemente do mandado de injunção, em plano abstrato, vigorando no controle difuso possui um rol restrito de legitimados, mas seus efeitos seriam para a totalidade dos que necessitam da efetivação de tais garantias pensadas pelos legisladores de 1988

Alguns exemplos desse tipo de normas e o impacto negativo da ignorância sobre elas encontramos, por exemplo, na CF de 1988 **“Art. 153: Compete à União instituir impostos sobre: VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.”**Praticamente 30 anos após a redação desse artigo, embora alguns projetos tenham sido levados a discussão, nenhuma lei que fosse por tal taxaço para se tornar valida foi criada, a regulamentação de tal pretensão constitucional não violaria outras prerrogativas, mas pelo contrário diferente do que muitos de seus critico apontam, tal taxaço seria positiva como argumenta Amir Khair, mestre em finanças públicas e consultor:

Em vez de afugentar, deve atrair mais o capital ao permitir a desoneração do fluxo econômico, gerando maior consumo, produção e lucros. Não teria nenhum conflito com os impostos existentes, pois sua base tributária é o valor total dos bens. Quanto às dificuldades de avaliação dos títulos mobiliários, o registro eletrônico das transações e as posições fornecidas pelos bancos podem resolver o problema. O seu potencial tributário (...) supera o do CPMF

Com base nessa observação cabe a interrogação, a quem interessaria e quem se prejudicaria com o fim dessa omissão constitucional, a resposta obvia, os interessados seriam aqueles que dependem da receita enquanto os que se veriam prejudicados seriam os mais ricos, dentre eles muitos parlamentares ou seus principais financiadores, assim mesmo. Outro exemplo desse tipo está na CF de 1988

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) **VII** - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

A normatização específica para esse direito constitucionalmente garantido ao servidor público foi ignorado também até os dias atuais.

Essa omissão do legislativo levou o Supremo Tribunal Federal a estender a aplicação da Lei 7.783/89, que regulamenta o exercício do direito de greve no Setor Privado, indo além, no dia 27 de outubro de 2016 foi proferido pelo STF em sede de repercussão geral julgamento deu aval a administração pública, promover o desconto salarial relativo aos dias de paralisação dos servidores, salvo quando a greve não for provocada por conduta ilícita do poder público, assim essa ausência de uma regulamentação própria deixa o servidor público refém das condições de trabalho já impostas, tendo em vista que normalmente as melhorias nas condições de trabalho partem da ação e da luta a esses fica vedado parcialmente tal prerrogativa constitucional.

O RETROCESSO SOCIAL

Os legisladores de 1988 ao fazerem absoluta questão de incluir no artigo 7º da referida constituição um rol amplo e minimamente justo de direitos inerentes ao trabalhador, "direitos esses consonantes com a CLT" também incutiu como premissa para futuros legisladores a missão de ampliar, de evoluir tal pretensão de fazer da constituição um instrumento garantidor da proteção ao trabalhador, apresentando sempre um caminho a frente no que diz respeito a efetivação dos direitos nunca retroagindo, é isso o que garante o princípio da vedação do retrocesso social ou o chamado efeito *Cliquet*, como bem fundamenta Canotilho

"Efeito *cliquet*" dos direitos humanos significa que os direitos não podem retroagir, só podendo avançar na proteção dos indivíduos. Significa que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios". (CANOTILHO2002)

Na contramão do exposto sob alegações de ser um meio radical, mas eficiente de retirar o Brasil de uma crise econômica sem precedentes, proteger os interesses econômicos, diminuir a burocracia, normatizar relações trabalhistas que ocorriam de maneira ilegal e garantir "segundo os defensores" uma grandiosa quantidade de novos empregos foram propostas, discutidas e aprovadas alterações na legislação trabalhista

apelidada de reforma trabalhista, que foi uma mudança significativa na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), instrumentalizada pela lei No 13.467 de 2017.

Essa modificação da CLT incluiu algumas novas modalidades de trabalho, como o Trabalho intermitente, o tele trabalho e abriu a possibilidade da terceirização das atividades fim no serviço privado, “até então pela sumula 331 do STJ só atividades meio seriam suscetíveis a terceirização” no que diz respeito aos direitos sociais do trabalhador fundamentados pela constituição, historicamente conquistados pela CLT, muitos foram deixados de lado nessa nova análise liberal das relações de trabalho.

No que diz respeito, por exemplo, as proteções a manutenção da relação de emprego descritas no Art. 7 da CF essas deixam de ser validas na hipótese do trabalho intermitente, as garantias e proteções, inerentes ao trabalhador se tornaram obscuras com a terceirização, que desvincula o trabalhador ao local que exerce seu trabalho, tendo que se submeter ou procurar o resguardo de seus direitos com um terceiro, outros direitos como o gozo de férias, se esse direito atrelasse a permanência, quem não possui jornada fixa também já não o tem, assim como a proteção do trabalhador em relação ao ambiente de trabalho, essa proteção se perde quando o terceirizado não possui vínculo ocupando de forma esporádica, certos ambientes.

Outra violação absurda de direitos justificado por uma suposta situação em que a grande maioria das ações ajuizadas na justiça do trabalho era aventureira, foi a atual imposição das custas de sucumbências a serem pagas pelo empregado caso venha a perder em ação trabalhista tal nova imposição vai de encontro com o **Art. 5º** da CF de 1988:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **XXXV** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

dessa forma o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional cai por terra em face do temor a tal cobrança por parte do trabalhador.

Um outro absurdo no que diz respeito ao enorme prejuízo causado por medidas arbitrárias, que partiu diretamente das mãos do executivo, sendo recepcionado pela convivência do legislativo e por conseguinte pela total concordância do judiciário foi a chamada reforma do ensino médio, essa que vem de encontro ao art. 208 da constituição, o qual versa sobre o direito a educação, fruto da [Medida Provisória nº 746/2016](#), de 22 de setembro de 2016 a qual mesmo tendo sido submetida a ADI e sido vista pela PGR como inconstitucional, passou, resultando no Projeto de Lei de Conversão 34/2016 e, posteriormente, na Lei 13.415/2017. Alterando a LDB (lei de diretrizes e bases da educação brasileira) remodelando 6 artigos importantes (art. 24; 26; 36; 44; 61 e 62) incluindo e introduz um novo art. 35-A:

Art. 35-A. A Base Nacional Comum Curricular definirá direitos e objetivos de aprendizagem do ensino médio, conforme diretrizes do Conselho Nacional de Educação, nas seguintes áreas do conhecimento: (Incluído pela Lei nº 13.415, de 2017)

I - Linguagens e suas tecnologias; (Incluído pela Lei nº 13.415, de 2017)

II - Matemática e suas tecnologias; (Incluído pela Lei nº 13.415, de 2017)

III - ciências da natureza e suas tecnologias; (Incluído pela Lei nº 13.415, de 2017)

IV - Ciências humanas e sociais aplicadas. (Incluído pela Lei nº 13.415, de 2017)

§ 1º A parte diversificada dos currículos de que trata o caput do art. 26, definida em cada sistema de ensino, deverá estar harmonizada à Base Nacional Comum Curricular e ser articulada a partir do contexto histórico, econômico, social, ambiental e cultural. (Incluído pela Lei nº 13.415, de 2017)

§ 2º A Base Nacional Comum Curricular referente ao ensino médio incluirá obrigatoriamente estudos e práticas de educação física, arte, sociologia e filosofia. (Incluído pela Lei nº 13.415, de 2017)

A nova lei estabeleceu, dentre diversas mudanças, a obrigatoriedade, nos três anos do ensino médio, somente de aulas de matemática, português e inglês, retirou a obrigatoriedade do ensino de espanhol. Os sistemas de ensino passam a ter autonomia para definir a organização das áreas de conhecimento, as competências, habilidades e expectativas de aprendizagem definidas pela Base Nacional Comum Curricular (BNCC) criou a possibilidade de profissionais de notório saber atuarem como professores na educação básica além de apresentar a possibilidade de contratação pelas secretárias de instituições privadas para oferecerem aulas na modalidade educação a distância.

Tal nova legislação, não só precariza a formação humana docente e retira a autonomia das instituições de ensino na concepção do currículo mas também extingue a igualdade de acesso tendo em mente graves problemas que ocorreram na escolha de tais áreas de conhecimento a serem ofertadas "essas a escolha das secretárias" retira a garantia de profissionais adequados para a docência e mesmo pautando a gradativa mudança das escolas para tempo integral não assegura infraestrutura adequada nas escolas, a MP 746 sequer garante isso. Ao contrário, com o congelamento de investimentos públicos imposto pela PEC 55, já aprovada no Congresso Nacional, a tendência é que as escolas sejam ainda mais precarizadas.

CONTRADIÇÕES CONSTITUCIONAIS

Tendo em vista que muitos dos problemas recorrentes da não aplicação ou da recepção de direitos constitucionalmente fundamentados, seriam facilmente remediados se fosse tal interesse uma válvula de impulso para os atuais legisladores. Toda via alguns problemas vem de berço, ou melhor, decorrem de artigos fazem parte do texto constitucional originalmente escrito, tais artigos, talvez tenham tido certa coerência na época em que foram editados, porém os mesmos batem de frente diretamente com outras disposições que o próprio texto impõe.

Analizando alguns exemplos como o [artigo 14, § 2º](#), da Constituição que "não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante

o período do serviço militar obrigatório, os conscritos". *Conscrito é um termo que designa o conjunto de cidadãos brasileiros que, no ano que completam dezoito anos, participam do processo de seleção para o Serviço Militar, tal situação é um resvala da situação histórica de 1988 época em que temendo por conta da forte imposição hierárquica, que comandantes controlassem subordinados na hora de votar.*

Um outro exemplo claro é analisado ao confrontar a situação em que se encontram os militares e a sua situação em relação a constituição em seu Art. 5º em seu caput que ressalva que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e no inciso: **LXVIII** - *conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;* O direito a associação sindical que está rotulado no Caput do Artigo 8º, e o direito a greve descrito no artigo seguinte o 9º, nenhum desses direitos é estendido aos militares em exercício tendo em vista que a própria CF em seu artigo 142 § 2º veda o *habeas corpus* e no § 3º esse apresenta a vedação a greve, a sindicalização e a filiação partidária.

Indo além do exposto outras violações se apresentam como por exemplo no decreto lei 4.346 de 2002 que no rol das transgressões que acarretam penas aos militares apresenta por exemplo no Anexo I que trata de transgressões, como frequentar lugares incompatíveis com o decoro da sociedade ou da classe; ou mesmo manifestar-se sobre assuntos políticos ou militares sem autorização de seus superiores.

Tais vedações listadas acima, ferem diversas liberdades constitucionalmente positivadas e com o tempo não só perduram, como se ampliam de tal forma a serem ferramentas de controle hierárquico e submissão a qual a classe militar está submetida, reiterando que historicamente dispositivos tão restritivos refletiam a saída do Brasil de um regime de exceção obscuro, o que levou o constituinte a em um misto de temor e certo ar de revanchismo regulamentar de tal forma esses institutos, observando-se também que a constituição elaborada em 88 não fora criada para ser estática, sendo imperfeita no tocante que como tempo novas demandas e velhas indagações deveriam sob pena de inutilizar a mesma serem discutidas.

A discussão sobre essa temática do regime inconstitucional no qual os militares estão submetidos é uma outra situação na qual cabe a pergunta, a quem tal situação de subcidadania beneficia? Ou mesmo por que tais imperfeições de origem não foram sanadas mediante emendas à constituição, tendo em vista que no decorrer de 30 anos muita coisa mudou no tocante a ampliação dos direitos fundamentais e liberdades inerentes ao estado democrático de direito. Algo que infelizmente ocorre quando se discute possíveis mudanças é a ação de grupos que induzem a opinião pública a enxergar que desmilitarizar não é ampliar direitos, mas sim desarmar.

A possibilidade de emendar a constituição para reparar situações com as já mencionadas é muito pequena tendo em vista os interesses daqueles que tem os instrumentos necessários para realizar tal tarefa, tais necessidades de se alterar ou retirar da carta constitucional elementos já não condizentes e ultrapassados em relação a realidade fática, são claros e visíveis, como bem fundamenta a obra "Democracia e Desconfiança" de John Hart Ely ao observar a oposição entre o que deveria e aquilo que está sendo efetivamente emendado:

Se considerarmos o que é necessário para emendar a Constituição, é provável que uma emenda recente represente se não necessariamente um consenso, pelo menos os sentimentos da maioria da população contemporânea. As emendas que mais frequentemente geram polêmicas nos tribunais, no entanto, se é que alguma vez representaram o a "voz do povo", representam a voz de pessoas que faleceram há um ou dois séculos. (ELY,2010)

CONTRADIÇÕES DO SUPREMO

As ações constitucionais, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, seriam essas em tese, não apenas remédios mas instrumentos restauradores da ordem constitucional garantidores dos direitos fundamentais e dos princípios a eles elencados, em resumo seriam tais ações meios para a proteção do sentimento constitucional, não só aplicado pelos constituintes de 1988 mas, muito além tendo em vista a recepção por parte do tribunal constitucional de tratados internacionais relativos a direitos humanos e a interpretação extensiva da

constituição, levando em conta novos senários sociais por exemplo como apresenta Dimoulis e Lunarde:

Objetivo geral da ADIn é impedir que norma contrária à Constituição permaneça no ordenamento jurídico, comprometendo a regularidade do sistema normativo por violar a supremacia constitucional. Procura-se, dessa forma, assegurar que a norma constitucional será imposta inclusive em relação aos poderes estatais. A aplicação de atos normativos inconstitucionais que costumam ter grande repercussão social gera danos de difícil reparação, sendo recomendada sua eliminação célere e definitiva. Além de preservar a supremacia constitucional, a ADIn, tal como as demais ações do controle de constitucionalidade abstrato, objetiva preservar a segurança jurídica, impedindo que surjam decisões discrepantes sobre a constitucionalidade. (DIMOULIS E LUNARDE 2016)

Tendo em vista tanta importância cabe se observar a postura de quem julga tais ações, que aplica ou deixa de aplicar a constituição, quem pondera se leis ou atos normativos em geral estão ou não recepcionados pela constituição, esse instrumento responsável por tal finalidade de ser o tribunal constitucional, no Brasil é o STF, 11 ministros que assumem mediante indicação do Presidente da república, o qual obedece a uma série de critérios para sua escolha, mas que independente disso, os escolhe sem sombra de dúvida com um certo lastro político, tendo em vista o grande poder a eles colocado, poder esse que não se vincula a escolha popular, e muitas vezes leva a contradição de se ter leis aprovadas por indivíduos escolhidos pelo povo sendo valoradas ou não por um tribunal escolhido mediante nomeação pelo executivo.

Quando se observa tais poderes na mão de um único instituto é fácil relaciona-lo a crítica apresentada por Carl Schmitt.(2007) para ele uma Corte com esse poder seria um estado judicialista que desajusta todo o sistema, tendo em vista, em sua visão que o Direito é iminentemente político, outro autor que segue essa mesma linha de pensamento é Jeremy Waldron em *A dignidade da Legislação* 2003, ele sugere que ao atribuir a

última palavra aos juízes submete-se a nação a uma "aristocracia judicial", segundo ele tal atribuição é inerente aos representantes eleitos que receberam do povo tal atribuição, "poder legislativo"

ao observar a ideia de que o judiciário para mitos é um elemento neutro distante das pretensões políticas e digno para analisar os mais variados que versam sobre garantias essenciais assim descreve:

As pessoas se convenceram de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter. (WALDRON)

Tomando como base a percepção de Schmitt de que a constituição é uma carta política, seria mais fácil de se entender, muitas das interpretações e posicionamentos tomados pelo supremo tribunal federal, quando esse se omite a cerca de omissões constitucionais, flexibiliza garantias constitucionalizadas, vai além da constituição, não só quando é necessário, "tomando mutação constitucional e interpretação extensiva" mas em decisões autocriadas, que por vezes opõem-se a própria constituição, com ares de explicar o que o texto constitucional almeja ou não garantir.

Até que ponto, esse tribunal está ausente de interesses particulares, influencias externas ou vínculos que possam comprometer suas decisões? "Tendo em vista o que se percebe simplesmente ao acompanhar as notícias", tais ministros não recebem o respaldo democrático para receberem tais poderes, ou responsabilidade, como guardiões da garantia constitucional, o que justificaria, tantas leis e reformas, que retiram direitos e garantias sociais, afrontam diretamente cláusulas pétreas, afetam diretamente os mais socialmente desprotegidos, flexibilizam direitos

humanos básicos como a liberdade, tendo em vista o princípio da presunção de inocência hoje flexibilizado pelo próprio supremo.

A qual pauta sobre quais interesses se posiciona o supremo, tendo em vista, que várias ações constitucionais contra a reforma trabalhista, contra a reforma do ensino médio, ações que apontam a inconstitucionalidade por omissão na inexistência de dispositivo que viabilize a taxação de grandes fortunas, assim como ações que exigem o reconhecimento constitucional de garantias como a apresentada no Art 268 do CPP :*Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado.* Não é preciso ir muito longe para ver o qual grande é essa afronta a dignidade humana, e o desrespeito as disposições internacionais sobre direitos humanos.

Quando judiciário na figura de sua corte de ultima instancia, titular da prerrogativa de possibilitar as garantias constitucionais, de garantir o respeito aos princípios basilares do estado democrático de direito e o respeito aos direitos fundamentais, acaba por tomar posições, ou mesmo protagonizar omissões como as que se seguem, esse por muitas vezes se opõe diretamente ao que deveria estar tutelando. Como bem orienta Gomes Canotilho:

Ao Estado incumbe, não apenas respeitar os direitos e liberdades fundamentais, mas também garanti-los. Daqui resulta o afastamento de uma concepção puramente formal, ou liberal, dos direitos fundamentais, que os restringisse às liberdades pessoais, civis e políticas e que reduzisse estas a meros direitos a simples abstenções do Estado...; por outro lado, os direitos fundamentais são também os direitos positivos, de carácter económico, social e cultural, sendo que em relação a muitos deles é sobre o Estado que impende o encargo da sua satisfação.(CANOTILHO)

Dessa maneira não se trata apenas de simples abstenções por parte do estado, na figura do judiciário, mas sim de agressivas situações de oposição a direitos e garantias fundamentais atacadas invés de protegidas

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tomando como ponto de partida a constituição aos moldes do que foi proposto pelo constituinte originário "os parlamentares da assembleia constituinte de 1988" foi possível observar que esse texto não foi perfeito em sua totalidade, possuiu falhas e imperfeições no tocante a algumas contradições "decorrentes muitas vezes do momento histórico em que fora escrita " ou mesmo dispositivos supérfluos, mas também é visível, a louvável tentativa por parte dos propositores dessa carta de abarcar o máximo da população, no tocante a proteção as liberdades, a garantia ao trabalho, a livre expressão e a justiça, garantias essas que foram durante muito tempo suprimidas.

Infelizmente na atual situação existe uma grave crise de legitimidade de confiança entre o povo e seus ditos representantes, no tocante a interesses e posturas que esses últimos adotam ao legislar, e esse é um caminho perigoso, para uma nação tão jovem no tocante a experiência democrática, faz-se necessário lembrar uma frase de Aristides Lobo, um dos protagonistas da republica, "*e o povo assistiu a tudo bestializado*" o povo atualmente assiste bestializado a retirada de direitos, as reformas, os golpes que estão sendo dados na democracia, na constituição e claro acima de tudo na população que a ela se submete.

"Quem cala consente" um ditado popular que tem uma representatividade jurídica até, e essa passividade está abrindo brechas para inúmeros retrocessos, esqueceu-se o atrelo histórico entre a luta e a conquista de direitos, tal situação de omissão, conivência e conchavo entre os três poderes, em tese tão bem fundamentados na teoria tripartite de Montesquieu, afeta diretamente os mais frágeis, os menos conscientes do que está acontecendo, e dos mais ignorantes influenciáveis, a ponto de nos dias atuais se clamar pela volta dos Militares, pela retiradas de parlamentares democraticamente eleitos pela força das armas, pelo retrocesso, o qual deveria ser pleno oposto ao sentimento constitucional de 1988.

Não só a constituição ela deve ser gradativamente ampliada melhorada, e flexibilizada, mas a própria população precisa passar pelo mesmo processo de ampliação seja no tocante ao conhecimento, sobre essa carta, sobre seus representantes sobre aquilo que eles defendem, sobre quem são e oque fazem os guardiões da constituição, hoje mais do que nunca isso seria possível tendo em vista a tecnologia dos meios de

informação, porem a mídia cria um maniqueísmo interminável, bondosos e malvados, força polarizações separa a massa que deveria estar unida, direciona a luta e mantem implicitamente o povo Bestializado.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

BRASIL. **Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm Acesso em: 5 de junho de 2018.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil** de 1988. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 5 de junho de 2018.

BRASIL. **Consolidação das Leis do trabalho (DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943)** disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm Acesso em: 5 de junho de 2018.

BRASIL, Lei 9394/1996. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm Acesso em 30/007/2018

CANOTILHO, Gomes. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra, 1984, p.184.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336.

DANTAS, Ivo. **Mandado de injunção - Guia teórico e prático**. São Paulo: Aide Editora, 1989.

DIMOULIS, Dimitri **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais/** Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.p.111

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Editora Martins Fontes: 2010, pg. 15

KHAIR, Amir. ***Imposto sobre Grandes Fortunas***. Disponível em: <[http:// www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/akhair190308_2.pdf](http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/akhair190308_2.pdf)>. Acesso em: 11 junho. 2018

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. São Paulo, Martins Fontes, 2003, P.5

IMIGRAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS

ANA SOFIA COUTINHO BIZZI:

Acadêmica de Direito pela Universidade de Brasília - UNB.

Sumário: 1. Introdução. 1.1. Imigração nos Estados Unidos: um apanhado histórico. 1.2. Estados Unidos e sua relação com o México. 1.3. Reformas migratórias: Barack Obama e Donald Trump. 1.4. Imigração sobre uma perspectiva sociológica. 2. Conclusão. 3. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A imigração é um fenômeno de alcance mundial, extremamente discutido na atualidade. Ela, em si, é tida como a movimentação de entrada de indivíduos, com o intuito de se deslocar permanente ou temporariamente de um país para o outro. As principais causas da imigração podem ser motivos pessoais ou a busca por melhores condições de vida e/ou trabalho. Também é comum o fenômeno da imigração ser causado por perseguições ou discriminações religiosas ou políticas.

Nos Estados Unidos da América, a imigração se tornou um dos maiores fenômenos globais durante o século XX. Entretanto, devido à acontecimentos na nação, o fluxo migratório se mostrou extremamente variável com o passar dos anos. Por exemplo, na crise de 2008, os fluxos migratórios mostraram uma queda considerável. Pode-se afirmar, portanto, que a ocorrência da imigração depende de uma série de fatores, esses variando de pretextos individuais á pretextos de uma nação como inteira e a situação em que se encontra.

Nesse artigo ir-se-á analisar os fluxos migratórios dentro dos Estados Unidos à luz de políticas migratórias adotadas no país no passar dos anos. Através de uma perspectiva histórica, política e econômica o trabalho buscará demonstrar a temporalidade e variabilidade do episódio migracional, enfatizando uma alteração política recente que seria a candidatura do republicano Donald Trump. Essa realidade pode vir a gerar turbulências nas questões migracionais dentro da nação americana,

considerando que Trump expôs que objetiva adotar medidas protecionistas e contrárias à entrada de imigrantes em território norte americano.

Também se evidenciará os aspectos sociológicos abordados nessa questão migracional. Há muita xenofobia dentro do território americano, sendo que os imigrantes são constantemente colocados numa situação de discriminação dentro da nação. Esse conteúdo será desenvolvido a partir das visões defendidas pelos autores Zygmunt Bauman e Pierre Bordieu em suas obras.

1.1. Imigração nos Estados Unidos: um apanhado histórico

Discorrer sobre a questão da imigração dos estados unidos é algo que se prova delicado, repleto de controvérsias e incessantemente palpitante. É um assunto vulnerável, pois já envolveu muita polêmica, essas variando da proibição da entrada de chineses no território à construção de um muro que separa a nação americana do México. Controversa, pois é um tema que leva muito em consideração pensamentos políticos e a sociedade por inteira, chagando a abordar pontos complexos como direito humanos e nacionalismo. Atual, porque está em constante transformação, principalmente no âmbito jurídico com a criação de leis, com novos e relevantes acontecimentos sob novas perspectivas.

Atualmente, a estimativa é que haja cerca de 200 milhões de imigrante no mundo, ou seja, aproximadamente 3% da população global. Os Estados Unidos, por serem economicamente desenvolvidos, é o país que mais recebe imigrantes. De acordo com o Migration and Remittances Factbook (2011), o total de imigrantes nos Estados Unidos em 2010 era 42,8 milhões, sendo que, segundo o Departamento de Segurança Interna dos Estados Unidos, 11,5 milhões desses vivem ilegalmente no país. O principal conjunto de leis que rega a imigração dentro do território norte americano, Immigration and Nationality Act, traz uma definição de imigrante. Basicamente, esse conjunto define que imigrante é qualquer indivíduo que se encontre dentro da nação e que não seja nacional ou cidadão dessa, com algumas exceções.

Os índices altíssimos migracionais dentro do território norte americano se dá por um número de fatores. Como exposto anteriormente, promessas de uma melhor qualidade de vida que o país passe mundo afora é um motivo comum por detrás da imigração. Isso é refletido de questões políticas e religiosas dos países de origem. Entretanto, o principal motivo pelos Estados Unidos ser o país com o maior número de imigrantes é devido a aspectos sociais e econômicos. O país norte-americano realmente oferece maiores oportunidades de crescimento econômico e aumento de qualidade de vida dos países de onde saem seus imigrantes.

Esse alto contingente migracional oferece oportunidades e riscos simultaneamente. É indiscutível a importância dos imigrantes que se deram nos Estados Unidos para moldagem do país como potência econômica e política. Os imigrantes não somente participaram do progresso americano devido a sua mão-de-obra abundante e eficaz; mas também atribuindo valores culturais diversos e produzindo ou trazendo consigo conhecimentos. Isso deixa claro a participação óbvia dos imigrantes na formação do povo americano em si, eles tiveram e ainda têm um papel de esculpir a sociedade estadunidense. Os riscos, entretanto, surgem quando se desenvolveu um nacionalismo acentuado dentro do território americano. Prolifera-se a ideia negativa de excesso de estrangeiros dentro do território e surge uma indisposição clara dos americanos em recebê-los. Então os riscos seriam aqueles que são formados pelo surgimento da xenofobia evidente dentro da nação. Esse preconceito e noção negativa sobre os imigrantes teve a sua origem durante o século XIX e se estende até nos dias atuais.

No cenário pós Segunda Guerra Mundial, a ascensão dos Estados Unidos de maior potência econômica global e os inúmeros avanços tecnológicos presenciados no decorrer do século XX tornaram o país extremamente atraente. Foi nesse contexto que a imigração no país se tornou sucessiva e atingiu níveis que seriam anteriormente chocantes. Entretanto, em 2008, quando uma forte crise econômica assola o país aspectos como a deterioração da economia americana, a redução da oferta de emprego e a diminuição de salários refletiram na imigração do país. Numa crise econômica a relação entre americanos e imigrantes ficam ainda mais instável, pois os americanos vêem os imigrantes como indivíduos que

ocupam cargos que deveriam ser ocupados por nacionais. Além disso, a atratividade estadunidense decai, sendo que a crise afeta também os estrangeiros que ali habitam. O World Bank (2012) aponta que a quantidade de imigrantes nos Estados Unidos ficou praticamente estabilizada após o início da crise, enquanto que, no mesmo período, houve um aumento nas migrações de retorno para os países de origem e uma redução nas taxas de emigração destas regiões.

A crise de 2008, então, possuiu uma parcela significativa de responsabilidade na mudança do fluxo de imigração nos Estados Unidos. Mas suas consequências não se limitaram somente ao momento que se deu, a crise desenvolveu uma postura mais rígida sobre a maneira de lidar com a imigração internamente nos Estados Unidos, principalmente a imigração ilegal. Concepções de integração dos imigrantes, inclusive os ilegais, começaram a serem substituídas por pensamentos que os Estados Unidos devem ser protegidos através de políticas protecionistas e mais receosas quanto à entrada de imigrantes, principalmente os mexicanos. Aprimorou-se a segurança da fronteira americana com o México, gerando uma tensão ainda maior na área.

A divisão entre imigrações legais e ilegais surgiu com o estabelecimento do Chinese Exclusion Act, um ato aprovado nos Estados Unidos em 6 de maio de 1882. Em termos de legislações referentes à imigração americana, esse é um dos atos mais radicais e representa um divisor de águas nessa classificação imigratória. Esse ato fez com que a entrada nos Estados Unidos se estreitasse, principalmente para os chineses. Dessa maneira, com a proibição da entrada de grande parte dos estrangeiros, a imigração ilegal começou a ser "necessária" para aqueles barrados pela legislação, mas necessitados de imigrar à nação americana. Portanto, é perceptível que a partir do momento que se estabelece barreiras, regras proibitórias o número de imigrantes ilegais tende a crescer. O fenômeno da imigração é algo constante e que não será impedido plenamente por meio de legislações e barreiras físicas.

Essa consequente imigração ilegal, faz com que a imigração passe a ser cada vez mais vista como um problema. Como comentado anteriormente, a imigração era um aspecto negativo dentro de uma visão econômica pelos

nacionais, cria-se que os estrangeiros tomavam os cargos que não eram deles de fato. Entretanto, no século XX, o problema imigração ganhou novas proporções. Além de ser algo baseado na economia, agora questões como segurança nacional e política surgiram. Quando os imigrantes passaram a penetrar a força as fronteiras americanas e patrulhas constantes se deram inevitáveis, a noção de imigração como nociva à segurança nacional se proliferou. Já o aspecto político se deu, pois, percebeu-se a influência significativa dos estrangeiros quanto a ideologias políticas e estabelecimento de regimes políticos. Começou-se então em levar em consideração os ideais políticos dos imigrantes, visando evitar qualquer forma de turbulência política intranacional.

1.2. Estados Unidos e sua relação com o México

A migração mexicana na década de 1910 demonstrou que imigração advinda do México não era considerada um problema muito sério, diferentemente do que se via com alguns imigrantes europeus e chineses. A partir de novembro de 1910, iniciou a chamada Revolução Mexicana, a qual foi gerada durante o governo do general Porfirio Díaz. A revolução devastou o país e abalou profundamente o campo civil da sociedade mexicana, por acabar perdurando além do período Porfiriato. Esse cenário de caos social, riscos de vida devido à guerra e crises econômicas fez com que milhares de mexicanos deixassem seu país e fossem em direção aos Estados Unidos.

O fluxo de imigrantes que se deu devido à Revolução Mexicana, entretanto é incerto. O censo de 1910 aponta que, na época, havia 221 mil mexicanos vivendo nos Estados Unidos. Em 1920, este valor era de 486 mil. Mesmo com a imprecisão da movimentação de imigrantes, é importante notar e destacar que, além de a imigração mexicana ser legalizada, ela era incentivada pelos Estados Unidos. Esse fato causa certo estranhamento, considerando a situação atual. Se hoje os imigrantes mexicanos são a maior preocupação americana em termo de imigração, no século XX não havia qualquer forma de proibição de entrada ou restrição quanto à oferta de empregos dentro da nação. As restrições estabelecidas pelos norte-americanos contra a imigração revelaram que havia uma região geográfica praticamente isenta de restrições: a América Latina, justamente a área que

atualmente representa o maior desafio para os americanos em termos de imigração ilegal.

No final do século XIX, as imigrações mexicanas, no entanto, foram gradativamente aumentando, acontecimento que continuou ocorrendo durante o início do século seguinte. Com esse aumento gradativo de mexicanos no território americano e assim as diferenças culturais entre as duas nações começaram a ser acentuadas. Em maio de 1924, foi criada a United States Border Patrol, a qual objetivava barrar qualquer imigração ilegal nas fronteiras norte e sul do país. A década de 1930 mostrou uma atenuação considerável do fluxo migratório, isso devido a políticas restritivas geradas, a grande Depressão de 1929 e a eclosão da Segunda Guerra Mundial.

Atualmente, os mexicanos constituem o grupo estrangeiro com maior representatividade nos Estados Unidos. Devido a esse fato, eles também são foco de boa parte das políticas americanas destinadas ao controle da imigração. Conforme a tabela abaixo, os mexicanos correspondem a cerca de 31% dos imigrantes presentes nos Estados Unidos.

Entre os ilegais, o valor chegou a 59% do total em 2011, segundo dados do Departamento de Segurança Interna americano, o que representa quase 7 milhões de mexicanos vivendo ilegalmente no vizinho do norte, e pouco mais de 11,5 milhões no total. Por esses valores, percebe-se que, no caso mexicano, a imigração ilegal supera a legal. Em 2000, o Censo americano apontou pouco menos de 8 milhões de mexicanos nos Estados Unidos, dos quais 4,6 milhões eram ilegais. Isso aponta um crescimento expressivo em uma década. A proximidade geográfica é motivadora aos mexicanos e problemática para os Estados Unidos e sua tentativa de controlar a imigração.

O fenômeno da imigração entre México e Estados Unidos gera obstáculos nas relações dos dois países. Todavia, é indiscutível o fato de que os governos das duas nações têm que achar um consenso e trabalhar juntos com o propósito de reduzir a imigração ilegal. Essa é uma tarefa

extremamente complicada, considerando que o México é um país repleto de conflitos internos e divide fronteira com uma nação próspera e rica.

1.3. Reformas migratórias: Barack Obama e Donald Trump

Barack Obama

Em janeiro de 2009, Barack Obama tornou-se o primeiro presidente negro da história dos Estados Unidos. Uma das suas mais substanciais promessas de Obama durante a sua eleição era a promoção de reforma migratórias. O discurso retratado abaixo, que se deu em junho de 2007, é um dos diversos discursos que o democrata proferiu sobre a questão da imigração nos Estados Unidos.

Nós queremos ter uma situação na qual aqueles que já estão aqui, jogando de acordo com as regras, estando dispostos a pagar uma multa e passar por um rigoroso processo possam ter um caminho para a legalização. A maioria dos americanos vai apoiar isso se eles tiverem alguma sensação de que a fronteira também está sendo securitizada. O que eles não querem é uma situação em que há um caminho para a legalização e você possui outras diversas centenas de pessoas entrando todo ano. (OBAMA, 2007, não paginado)

A ideia de reforma migratória une as noções de segurança da fronteira e regularização de imigrantes ilegais já adentrados no solo americano. A partir dessa, reduz-se consideravelmente a quantidade de ilegais. Obama sempre apoiou a defesa da fronteira, uma otimização no sistema de imigração dos Estados Unidos, a redução de incentivos para a entrada de ilegais no território americano e a necessidade de cooperação dos Estados Unidos e México no combate à ilegalidade.

Quando assumiu a presidência, contudo, Barack Obama não supriu as expectativas sobre os aspectos da imigração estadunidense. Durante seu primeiro ano no cargo, a tônica foi quase que ignorada por inteira, dando-se prioridade para questões do sistema de saúde e para a presença militar americana no Iraque e

Afeganistão. Portanto, o ano de 2009 não foi significativo, como se esperava que fosse, no âmbito das imigrações. Todavia, no ano 2010, essa situação mudou e a imigração recebeu mais atenção na política americana.

Em abril de 2010, a governadora do estado do Arizona, Jan Brewer, assinou a lei SB 1070, a qual estabelecia a ilegalidade de um imigrante não portar consigo documentos que comprovassem sua legalidade nos Estados Unidos. Em agosto, o presidente concedeu US\$ 600 milhões para a defesa da fronteira. Desenvolveu-se, também, a discussão a respeito da DREAM Act, o qual visava conceder a legalização do *status* de imigrantes desde que esses cumprissem exigências previamente esclarecidas. Apesar de o Obama e a maioria do Partido Democrata Americano defenderem a aprovação da lei, a resistência por parte do Partido Republicano fez com que a aprovação dessa fosse sucessivamente postergada, com derrotas oficiais.

Em 2011 pouco se alterou sobre o assunto, contudo, em 2012, com a proximidade da campanha eleitoral, o assunto voltou à tona nos Estados Unidos - embora de maneira mais tímida que o esperado. Se a questão da imigração foi fundamental nas eleições de 2008, em 2012 ela deu lugar a outros assuntos, como o desemprego, a política de vendas de armas e o aborto. Em junho de 2012, Obama implementou um programa semelhante ao DREAM Act, que determinou que diversos ilegais que chegaram aos Estados Unidos quando crianças e que cumprissem certos requisitos não mais enfrentariam o risco de deportação. A expectativa era de que entre 800 mil e 1,7 milhão de jovens pudessem ser beneficiados pelo programa, que permitiria a aquisição de alguns documentos que até então não podiam ser obtidos, como carteiras de motorista, e a possibilidade de trabalhar legalmente - embora não concedesse cidadania aos imigrantes. A maior polêmica se deu pela falta de consulta de Obama ao Congresso americano, onde certamente haveria resistência por parte dos republicanos, que chegaram a apontar a inconstitucionalidade do programa. Outra parte das críticas voltou-se à concessão de permissão para empregar imigrantes até então ilegais em um momento de desemprego elevado nos Estados Unidos.

Se a gestão Obama não conseguiu promover a reforma abrangente, como concebida na fase das eleições de 2008, em outro ponto ela chamou bastante atenção: o alto índice de deportações. Em setembro de 2011 - ou seja, cerca de dois anos e nove meses após a posse do democrata -, a quantidade de deportações durante o governo Obama chegou a pouco mais de um milhão de indivíduos. A falta de resultados práticos e o aumento das deportações contribuíram, inclusive, para que a popularidade de Obama entre os latinos sofresse duras quedas ao longo de sua gestão.

Donald Trump

Donald Trump é o candidato republicano que foi eleito agora, nas eleições americanas de 2016. Durante a sua campanha, Trump, afirmou que em seu governo iria adotar medidas políticas protecionista extremas, como a sua promessa de forçar o México pagar pela construção de um muro na fronteira, como forma de cessar inteiramente a imigração mexicana para dentro da nação americana. Como o republicano, entretanto, não assumiu cargo até este momento, as análises feitas em cima das propostas que Trump fez são formas de suposição. Se, de fato, Trump tomar as providências que declarou, o fluxo migratório norte-americano sofrerá intensas mudanças, arrefecendo de maneira rápida, principalmente se considerarmos que o candidato possui grande apoio dentro do Senado americano.

É importante expor, porém que ao defender ideologias que podem ser consideradas mais extremas e preconceituosas, Trump causará efeitos bem maiores do que somente na imigração. Quando se aplica tal bloqueio migracional, há reflexos tanto sociais, quanto econômicos. Se a figura que representa o governo americano se mostra um indivíduo com pensamentos preconceituosos para com estrangeiros, atos anti-imigrantista irão ser incentivados. E no mais os imigrantes são bastante relevantes para a economia americana. Como exposto previamente, os Estados Unidos é composto por um contingente regalado de estrangeiros dentro do seu território, sendo que esses são produtores de conhecimento e participantes na movimentação da economia americana. Os imigrantes presentes dentro da nação americana já fazem parte do país. Eles foram ativos na formação da cultura norte-americana e no conhecimento que agora lá se tem.

Essas medidas que podem ser tomadas por Donald Trump são turbulentas ao nível de, mesmo antes de serem implantadas, estão causando conflitos entre as próprias federações da União. A cidade e o condado de Los Angeles são lar de 3,7 milhões de pessoas de origem mexicana, a segunda cidade onde moram mais mexicanos, depois da Cidade do México; e é um exemplo de estado norte-americano que se recusa a aceitar as diligências do republicano. O prefeito de Los Angeles, Eric Garcetti, relatou que acolherá e protegerá os imigrantes, apesar das promessas anti-imigração feitas por Donald Trump, e garantiu que cerca de 60 mil pessoas terão, em breve, a residência legal. A Califórnia virou um campo de batalha devido às políticas de imigrações que Trump pretende estabelecer. Esse é uma das áreas mais liberais quando se trata de medidas tomadas para lidar com imigrantes ilegais, sendo que lá é concedido a eles diversos benefícios que seriam, supostamente, benefícios de um cidadão norte-americano.

1.4. Imigração sobre uma perspectiva sociológica

Ao perceber que a imigração é um assunto que abrange diversos aspectos, é notável a influência dela sobre a sociedade. Imigração é uma questão política, econômica e histórica mundial; dependente de tópicos como cultura e religião. Os estrangeiros que adentram um território nacional influenciam, de diversas maneiras essa nação e a sua população. A convivência entre estrangeiros e nativos é uma das formas mais efetivas de influência de uma sociedade sobre a outra, sendo que é estabelecida uma relação complementar, as duas adicionam à cultura e ao conhecimento uma da outra. Concepções negativas como xenofobia, sentimento nacionalista exacerbado e desrespeito para com os indivíduos advindos de outros países são outras consequências claras da ação do fenômeno da imigração sobre um povo.

Zygmunt Bauman discute muito bem esse efeito de influência entre pessoas na sua obra "Observação e sustentação de nossas vidas". Nela o autor argumenta que pertencer a um grupo, ou seja, conviver com indivíduos é um processo que interfere na autoconcepção da própria

pessoa. A chamada multidão desconhecida a que Bauman se refere é justamente sobre essa comunhão possibilitar uma espécie de libertação de formas de viver que não se escolhe. Quando se há uma convergência de culturas e formas de se viver dentro de uma comunidade, o indivíduo tem a possibilidade de escolha de existir da melhor forma que entende ser.

Entretanto, Bauman e sua obra se comunicam também com os efeitos negativos da imigração, que é o surgimento de concepções nacionalistas excessivas. O autor afirma que, quando em sociedade e em grupos, sempre tenta-se formar uma distinção entre "nós" e "eles", sendo que "a primeira categoria se refere a algum grupo a que sentimos pertencer e que entendemos. A outra, ao contrário, a grupos a que não temos acesso nem queremos integrar.". Essa não integração remete necessariamente à segregação, que se desenvolvida e levada para o aspecto imigratório torna-se a xenofobia. O sentimento de não querer um indivíduo que não compartilha da sua nacionalidade integrado no seu meio, convivendo e vivendo próximo da sua esfera cotidiana.

"Vimos que ser "nós", contanto que haja "eles", é algo que só faz sentido no conjunto, em sua mútua oposição. Além disso, "eles" pertencem um ao outro e formam um só grupo, porque todos e cada um deles partilham a mesma característica: nenhum deles é "um de nós"". (Zygmunt Bauman, "Observação e sustentação de nossas vidas" pág. 61)

A obra "Sobre o poder simbólico", de Pierre Bordieu, também se relaciona com o contexto do fluxo imigratório, mas mais na questão de sentimento de superioridade de uma nação/um povo sobre outra (o). No seu texto Bordieu explica a existência de um poder simbólico, o qual consiste em "um poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem", ou seja, em um poder que se assenta quando, mesmo que evidente, os indivíduos não o reconhecem. É uma situação em que um indivíduo se encontra num estado de submissão, mas esse não o descobre, não o percebe.

Esse cenário é comum entre os imigrantes quando recebidos pelas outras nações. A busca por melhores condições de vida ou a vontade de mais oportunidades às vezes cegam os estrangeiros ao fato que eles se submetem, muitas vezes, a tratamentos desumanos e desrespeitosos pelos que creem que pertencem à nação.

“A classe dominante e? o lugar de uma luta pela hierarquia dos princípios de hierarquização: as fracções dominantes, cujo poder assenta no capital econômico, tem em vista impor a legitimidade da sua dominação quer por meio da própria produção simbólica, quer por intermédio dos ideólogos conservadores os quais so? verdadeiramente servem os interesses dos dominantes *por acréscimo*, (...).” (Pierre Bordieu, “Sobre o poder simbólico”, pág. 12)

Bordieu expõe que ideologias “devem a sua estrutura e as funções mais específicas às condições sociais da sua produção e da sua circulação (...)”, sendo que está intrínseco a elas interesses específicos “sem cair na ilusão idealista a qual consiste em tratar as produções ideológicas como totalidades autossuficientes e autogeradas, passíveis de uma análise pura e puramente interna (...)”.

2. Conclusão

A questão imigratória, portanto, é algo que deve ser discutido e evidenciado como aspecto de importância mundial. Seus reflexos sobre as nações são gigantescos mesmo sendo variável com o tempo. A imigração aos Estados Unidos não é mais uma mera questão de aproveitamento de oportunidades. Ela tornou-se muito mais que isso ao longo do último século. É evidente que o componente da possibilidade de crescimento econômico ainda é fortemente presente, mas diversos outros elementos foram agregados a essas migrações ao longo do tempo. A formação de redes de imigração; a presença cultural maciça de elementos estrangeiros na sociedade americana e vice-versa; o imaginário que se criou a respeito dos Estados Unidos como um país em que qualquer indivíduo pode crescer

econômica e socialmente; e mesmo o grande negócio representado pela imigração ilegal. A imigração aos Estados Unidos passou a ser um verdadeiro fenômeno, daqueles que mesmo os mais leigos no assunto possuem uma opinião a respeito, capaz de produzir as mais variadas manifestações culturais, eleger políticos e mudar o destino de povos inteiros.

Cada século trouxe diferentes tendências migratórias: já houve colonização de territórios desabitados, corrida por recursos naturais que hoje estão esgotados, fuga de regiões de atraso econômico. Mas esse já não tão novo século XXI surge de forma particular, sob os efeitos da tão difundida globalização e das facilidades cada vez maiores de informação e transporte. Sejam quais forem os caminhos trilhados pelas migrações aos Estados Unidos à luz desse novo contexto, o certo é que o papel dos estrangeiros na construção da sociedade americana continuará sendo de fundamental importância. A onipresença estadunidense em diversos âmbitos, da preocupação universal com sua política interna à difusão cultural maciça que atinge quase todo o planeta, também se encarregará de manter aceso o desejo de migrar ao país e a criação de estímulos para possíveis futuros migrantes. Por fim, a forma de governo americana - república constitucional - também auxiliará a promover a imigração baseada em fatores políticos, oferecendo um diferencial em relação a outros possíveis destinos migratórios.

3. Referências bibliográficas

- BAUMAN, Zygmunt; MAG, Tim. Observação e sustentação de nossas vidas. In: BAUMAN, Zygmunt; MAG, Tim. Aprender a pensar com a Sociologia. Traduzido por Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 51-73
- BOURDIEU, Pierre. **Sobre o poder simbólico**. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: BOURDIEU, Pierre. O Poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand. 1989. P. 7-16 e 209-254.
- SEVERIANO, Alan; LOIS, Lucas. **Propostas para a imigração ilegal dividem eleitores nos Estados Unidos**. 2016. Disponível em <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2016/10/hillary-e->

[trump-apresentam-projetos-diferentes-para-imigracao-nos-eua.html](#)>. Acesso em 28/11/2016

- DOS PASSOS, Cheili Rieta. **Imigração: a busca pela quebra das fronteiras**. 2013. Disponível em . Acesso em: 28/11/2016
- CERVO, Amado. *Inserção internacional: formação dos conceitos brasileiros*. São Paulo: Sa- raiva, 2008.

O DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES: A POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO MORAL SOFRIDO PELO FILHO POR ATO DOS PAIS

LORENA NUNES DE LIMA: Graduação em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB. Pós-graduada em Direito Tributário pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA.

DÉLCIO MEDEIROS RIBEIRO

(Orientador)

RESUMO: Este trabalho pretende evidenciar a viabilidade da reparação do dano moral nas relações familiares, especificamente nas relações paterno-materno-filiais, identificando assim as mudanças ocorridas na Constituição, no Código Civil e o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente e os motivos que impedem a efetivação da compensação por dano moral nessas relações. Buscou-se durante a pesquisa, base legal e doutrinária sobre tal tema, e informações a ele relacionadas, com o objetivo de se demonstrar a importância da família e algumas particularidades do dano moral, enfocando conceitos e a evolução histórica desses. Diante disso, percebeu-se que a compensação por dano moral requerida pelo filho por ato de seu pai e/ou de sua mãe alcança as funções da responsabilidade civil, compensatória da vítima, punição do ofensor e desmotivação social, e não descaracterizando a família, como alguns doutrinadores defendem. Também, analisou-se o problema em se averiguar o *quantum* indenizatório do dano extrapatrimonial na entidade familiar, concluindo que tal problema pode ser sanado, apurando-se, diante do caso concreto, a capacidade monetária do ofensor, a extensão do dano experimentado pela vítima e a duração dessa lesão, sendo que para a constatação desses dois últimos modos, propôs-se a realização de perícia psicológica. São poucos os magistrados que reconhecem o dano moral nesse caso peculiar, por isso, faz-se urgente um maior empenho para que, dessa forma, se tente consolidar a possibilidade da compensação por dano moral nessas relações, desse modo, sim, protegendo-se amplamente a entidade mais importante da nossa sociedade – a família.

Palavra-chave: Dano moral. Família. Relações paterno-materno-filiais.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONCEITO DE FAMÍLIA. 2. RELAÇÃO PATERNO-MATERNO-FILIAL. 3. DANO MORAL. 4. A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES PATERNO-MATERNO-FILIAIS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Os estudos da área jurídica contemplam muitas ramificações; entre elas chama a atenção *o dano moral nas relações familiares*, já que tais relações são reconhecidamente importantes para a formação do indivíduo. Tal constatação só se confirmou no decorrer dos estudos proporcionados pelo curso de graduação em Direito, da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Discutindo o conceito de família na atualidade, Maria Berenice Dias, no *Manual de Direito de Família* (2009), afirma que o papel principal da família é dar o suporte emocional do indivíduo. Mas, pode-se verificar que, comumente, tal suporte é quebrado e, ao invés de propiciar um bem-estar saudável para o indivíduo, acaba prejudicando-o.

Diante da quebra desse suporte, surge a possibilidade do dano moral nas relações familiares. Dano moral é aquele extrapatrimonial, que não alcança os bens materiais do ofendido, mas o atinge como pessoa, ferindo algum bem que integra os direitos de personalidade. Esses conceitos de família e dano moral estão presentes em processos movidos entre familiares, tais como marido e mulher, pai e filho, por exemplo.

Embora haja processos dessa natureza, a doutrina ainda não se pacificou sobre essa questão, pois alguns defendem que poderia haver outras soluções para esse problema, entre eles divórcio e afastamento do lar; exclusão da herança; dever de prestar alimentos; perda do poder familiar e da guarda dos filhos. Outro fator que inibe a aplicação do dano moral nas relações familiares é a dificuldade de se mensurar esse dano e torná-lo um valor líquido, pois é preciso levar em consideração o efetivo dano sofrido e evitar o enriquecimento ilícito. Por outro lado, a parcela da

doutrina que reconhece o dano moral constata que é possível verificar, sim, o dano moral nas relações entre parentes e que a indenização por tal dano seria oportuna.

Neste trabalho, abordamos especificamente a possibilidade da averiguação da ofensa moral do pai para com o filho, que ocorre com omissões ou com atos comissivos do pai, e que acabam por ferir a integridade moral do filho. Ressaltamos que discutiremos situações que não sejam tipificadas como crime, mas que acabam tendo uma repercussão danosa no âmbito afetivo. Optamos por tal recorte por reconhecer que o filho, em tais relações, é normalmente o mais suscetível, já que, em geral, esse dano moral é sofrido desde criança, ou seja, antes de a pessoa ter a capacidade plena de discernimento e de defesa.

Diante do exposto, pretendemos discutir os prós e os contras da aplicação do dano moral nas relações familiares entre pais e filhos. Objetivamos, com isso, analisar a viabilidade de processos dessa natureza e, assim, contribuir para o amadurecimento da questão, já que não há consenso na doutrina.

De modo específico, traçamos como objetivos o levantamento bibliográfico acerca dos argumentos em favor e contra processos de danos morais envolvendo familiares; a discussão de conceitos relevantes para a pesquisa, tais como família, dano moral e enriquecimento ilícito. A dificuldade de se mensurar o dano moral sofrido, o modo como as relações familiares são construídas e como elas se revelam imprescindíveis para a constituição do indivíduo também compõem os fins a que se prestam este trabalho.

Para nortear o trabalho, partimos do levantamento das seguintes hipóteses: o reconhecimento do dano moral sofrido pelo filho por ato dos pais é capaz de compensar a vítima e punir o ofensor, chegando assim às funções básicas da responsabilidade civil. Há a possibilidade de o juiz, no caso concreto, determinar o valor indenizatório do dano moral sofrido pelo filho por ato do seu pai e/ou da sua mãe.

Este trabalho estrutura-se sobre uma pesquisa eminentemente bibliográfica, visando um estudo sistemático com base no material

publicado de maior respaldo sobre o tema. Para melhor sistematização e entendimento da pesquisa, encontra-se estruturado em cinco partes: esta:

Introdução, que levanta os fatores motivacionais de realização da pesquisa e esclarece seus objetivos;

o **Capítulo 1**, cuja abordagem apresenta alguns conceitos de família, situados historicamente, bem como sua importância para a formação sócio-afetiva do indivíduo.

O **Capítulo 2** discute a relação específica entre pais e filhos, já que é, dentre as relações familiares, esta a que nos interessa mais de perto para o desenvolvimento deste trabalho.

O **Capítulo 3** realiza uma abordagem geral sobre dano, especificamente dano moral, comparando-o com o dano material, a fim de esclarecer as distinções e promover a elucidação sobre como se pode mensurá-lo.

O **Capítulo 4** trata da indenização por dano moral sofrida pelo filho por ato do(s) pai(s); para tanto, discute-se, antes, o dano moral nas relações familiares de um modo geral, bem como a possibilidade de se considerar a alienação parental também um dano moral sofrido pelo filho. Por fim, apresentamos as

Considerações finais, que retoma as discussões elaboradas para apresentar o nosso entendimento, diante dos argumentos levantados na pesquisa, acerca da possibilidade de o dano moral nas relações familiares ser ou não indenizável.

1. CONCEITO DE FAMÍLIA

O conceito de família tem mudado muito no decorrer do tempo, pois vem se adaptando às transformações sociais. Na vigência do Código Civil de 1916, por exemplo, o matrimônio era essencial para o reconhecimento de uma família, a qual tinha uma função primordialmente

econômica de acumular bens materiais. Essa visão, bastante diferenciada da concepção atual, como veremos, se refletia nas leis em vigor.

A visão jurídica da família contida no Código Civil de 1916 considerava os valores predominantes daquela época, afirmava a entidade familiar como unidade de produção, pela qual se buscava apenas a soma patrimonial e sua posterior transmissão à prole, uma vez que a família vigente nesse período era absurdamente materialista. Naquele ambiente familiar, hierarquizado, patriarcal, matrimonializado, os vínculos afetivos para merecerem aceitação social e reconhecimento jurídico necessitavam necessariamente ser chancelados pelo matrimônio[1].

Contudo, através de jurisprudências, esse conceito de família restrito ao matrimônio e vinculado à economia começou a se modificar, até que, com a Constituição da República de 1988, passou-se a considerar um número mais abrangente de relações. Além da família constituída pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis, também as uniões estáveis entre homem e mulher e as famílias monoparentais passaram a ser reconhecidas como tais, dessa forma, alargando tal conceito. É importante ressaltar que, mais tarde, o Código Civil de 2002 também integrou esses novos conceitos ao seu rol. Da mesma forma, é imprescindível salientar que outras mudanças trazidas pela Carta Maior de 1988 reconhecem a evolução das relações familiares, tornando a lei compatível com a realidade social. Como leciona Alexandre de Moraes[2], a Constituição passa, portanto, a entender a família como uma "entidade" e, assim, estabelece para ela regras de regência das suas relações; nessa nova visão, ao invés de critérios econômicos, são adotados princípios que destacam questões humanistas, como responsabilidade, dignidade, igualdade e direitos humanos. Seguem-se abaixo algumas das regras estabelecidas, segundo Moraes:

- *cabeça do casal*: os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher;
- *dissolução do casamento*: o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia

separação judicial por mais de um ano nos casos previstos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. A Constituição Federal de 1988 previu a possibilidade do divórcio direto, sem qualquer limitação de vezes, em norma constitucional auto-aplicável, tendo exigido um único requisito para sua ocorrência, o prazo de dois anos de separação de fato, sendo absolutamente desnecessária qualquer imputação de culpa para a efetivação do divórcio;

- *planejamento familiar*: fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas;
- *adoção*: a adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros;
- *filiação*: os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Essa norma constitucional tem aplicabilidade imediata, garantindo-se imediata igualdade, sem que possa resistir qualquer prejuízo ao filho adotivo ou adulterino, que poderá, inclusive, ajuizar ação de investigação de paternidade e ter sua filiação reconhecida, além de ter o direito de utilização do nome e do pai casado;
- *assistência mútua*: os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Pela citação, podemos observar como o conceito legal de família tornou-se mais adaptado à nossa sociedade atual. É

importante ressaltar que, do período em que foi editado o livro que citamos já houve mudanças quanto ao divórcio e à separação, mudanças que novamente tornaram as leis mais compatíveis com a realidade social.

Se faz mister notar, também, a importância de se igualar todos os filhos para uma nova conceituação de família. Antes da Constituição, com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), já se estabelecia que os filhos adotados tivessem o mesmo tratamento legal que os biológicos[3].

O Estatuto da Criança e do Adolescente, além de criar uma nova terminologia, como “família substituta”, e implantar a idéia de “pais sociais”, ao estabelecer as regras sobre a adoção, revogou os arts. 373/374 do Código Civil de 1916, que dizia sobre a extinção do vínculo das adoções. Esses dispositivos vêm fazer coerência com uma nova visão de família e paternidade. Parecem ter entendido a família como estrutura e a desvinculação da paternidade de elementos meramente biológicos, quando não permitem mais a revogação da adoção[4].

Ademais, o fator de não se distinguir os filhos biológicos advindos de relações extrapatrimoniais (união estável, concubinato ou relacionamento breve) dos gerados com a relação conjugal – que anteriormente eram chamados de legítimos e ilegítimos respectivamente – foi, da mesma forma, um avanço essencial para que se desse mais dignidade tanto aos filhos quanto às suas mães.

Mas, apesar de toda evolução jurídica, ainda há muito que progredir, pois a lei ainda se omite quanto às relações homossexuais, por exemplo, que ainda não podem ser reconhecidas no plano legal. Contudo, a união homossexual é um fato social e, como tal, gera consequências que o direito tem ignorado, salvo raras exceções.

Há quem defenda que, com todas essas mudanças, a família está em crise, que mais tarde deixará de existir e que seu fim se deve a esse “excessivo” alargamento no conceito de família. Questões surgem quanto à natureza dessa visão: trata-se de um discurso conservador, de quem guarda simultaneamente o temor da

mudança ou que vê a sua “verdade” ameaçada com outras possibilidades de existência? Trata-se de uma questão religiosa (de parte das religiões hoje praticadas no Brasil), a partir da qual a variabilidade de relações interpessoais e afetivas seria um agravo à palavra de Deus, um pecado, e por isso não deve ser admitida? Essa visão oculta (ou quem sabe deflagra) de formas de preconceito, cuja característica premente é a de condenar, sem ponderar ou conhecer fatos, pessoas que não se classificam na concepção social de um grupo hegemônico e são apontadas como “aberrações” sociais? Respostas para estas questões exigiriam uma pesquisa à parte. Mas, podemos dizer, as suposições que apresentamos compõem todas um discurso discriminador, que pressupõe a existência de uma só Verdade, podendo e/ou negando algo que é intrínseco ao homem: a sua capacidade de criar novas situações, novas formas de viver e de se adaptar.

Uma análise mais coerente nos faz perceber que, como assegura Maria Berenice Dias^[5].

A entidade familiar, apesar do que muitos dizem, não se mostra em decadência. Ao contrário, é o resultado das transformações sociais. Houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor.

Ainda sobre o conceito de família, de uma forma mais didática, Alexandre de Moraes traz^[6] a visão de Arx Tourinho, para quem é possível compreender família de duas formas – ampla e restrita:

No primeiro sentido, a família é o conjunto de todas as pessoas, ligadas pelos laços do parentesco, com descendência comum, englobando, também, os afins – os tios, primos, sobrinhos e outros. É a família distinguida pelo sobrenome: família Santos, Silva, Costa, Guimarães, e por aí afora, neste grande país. Na acepção restrita, família abrange os pais e os filhos, um dos pais e os filhos, o homem e a mulher em

união estável, ou apenas irmãos... é na acepção *stricto sensu* que mais se utiliza o termo família, principalmente do ângulo do *jus positum*...

De modo similar, Boeira[7] define família levando em consideração as características genéticas, ou seja, como o grupo de pessoas vinculadas por um mesmo ancestral. De modo estrito, para o autor, a família é composta apenas pelo pai, pela mãe e por seus filhos.

Mas, independente de conceitos legais e doutrinários, temos sempre que nos remeter à questão do afeto como elemento que impulsiona a formação de uma família, porque, dessa forma, também tornaremos a lei mais dinâmica, mais adaptável ao nosso cotidiano e, assim, mais justa, já que estará atendendo aos anseios da sociedade e acompanhando sua moral e ética. Segundo ensina Cristiano Chaves e Nelson Rosendal[8]:

Composta por seres humanos, decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável na compreensão da família, apresentando-se sobre tantas e diversas formas, quantas forem as possibilidades de se relacionar, ou melhor, de expressar amor, afeto. A família, enfim, não traz consigo a pretensão da inalterabilidade conceitual. Ao revés, seus elementos fundantes variam de acordo com os valores e ideais predominantes em cada momento histórico.

É imprescindível definir, igualmente, neste capítulo, não só o conceito de família, como também sua importância para a sociedade, de forma ampla, e para o desenvolvimento do indivíduo, particularmente. Essa importância é reconhecida pela própria Constituição, a qual entende a família como “base da sociedade” e, por conseguinte, se compromete a protegê-la[9].

Partindo do pressuposto de que a família é célula-mater da sociedade, podemos afirmar que ela proporciona aos seus membros a dimensão social de que necessitam para se integrarem com a sociedade

em sentido amplo. Em outras palavras, é no seio familiar que o indivíduo aprende a se comportar e a se relacionar de modo diferenciado nas mais variadas situações.

É essa *estrutura familiar*, que existe antes e acima do

Direito, que nos interessa investigar e trazer para o Direito. E é mesmo sobre ela que o Direito vem, por meio dos tempos, regulando e legislando, sempre com o intuito de ajudar a mantê-la para que o indivíduo possa, inclusive extrair como cidadão (sem esta estruturação familiar na qual há um lugar definido para cada membro, o indivíduo seria psicótico) e trabalhar na construção de si mesmo (estruturação do sujeito) e das relações interpessoais e sociais que remetem a um ordenamento jurídico^[10].

Podemos usar as precisas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald^[11], com a finalidade de definir a importância da família para o desenvolvimento do indivíduo como pessoa:

No âmbito familiar vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. No entanto, além de atividades de cunho natural, biológico, psicológico, fisiológico..., também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos. Nota-se, assim, que é nesta ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da felicidade – aliás, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz.

Assim, fica evidente o quanto é fundamental o núcleo familiar para que um ser humano alcance a plenitude. Obviamente, falamos aqui de um núcleo familiar que, a despeito de sua constituição – pai, mãe e filhos, pai e filhos, mãe e filhos, etc. – seja estruturado e entendido, de fato, com *família*, cujo “principal papel é de suporte emocional do indivíduo, em que há flexibilidade e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos”^[12].

Neste trabalho trataremos especificamente da relação entre filhos e pais, que está inserta dentro das relações familiares aqui apresentadas, com todas as características já descritas e outras peculiaridades que trataremos em capítulo específico.

2. RELAÇÃO PATERNO-MATERNAL-FILIAL

Como já se afirmou a família, após a Constituição da República, pode se formar através do casamento civil ou religioso com efeitos civis, união estável entre homem e mulher e a família monoparental, ou seja, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Apesar, de atualmente, a doutrina e a jurisprudência até já reconhecer a possibilidade de outros tipos de família, nos importa aqui ressaltar que tal entidade é responsável por formar a personalidade do indivíduo, trazendo para ele o primeiro contato com a cultura em que está inserto e o rodeará, provavelmente, por toda sua vida.

É certo que o ser humano nasce inserto no seio familiar- estrutura básica social - de onde se inicia a modelagem de suas potencialidades com o propósito da convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal^[13].

A partir do reconhecimento da importância da família, trataremos algumas especificidades sobre as relações paterno-materno-filiais, para isso faz-se mister mencionar que não faremos diferença entre o filho adotado e o biológico, posto que

a Lei n. 8.069, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, trouxe novos elementos

sobre a concepção de pátrio poder (poder familiar na expressão do Código Civil brasileiro de 2002) e paternidade. Ao estabelecer sobre famílias naturais e substitutas (arts. 25 e 28), essa lei introduz inovações ao referir-se aos “pais sociais”. É na compreensão do papel social do pai e da mãe, desprendendo-se do fator meramente biológico, que esse estatuto vem ampliar o conceito de pai, realçando sua função social. Podemos notar, aí, o avanço e um sinal de compreensão, pelo nosso ordenamento jurídico, de que o pai é muito mais importante como função do que propriamente como genitor[14].

Os primeiros contatos com regras acontecem no ambiente familiar, nele a pessoa vai passar a ter noção do que pode ou não fazer; do que prejudica a si mesmo e o outro, de modo a formar sua personalidade. A Psicologia explica que isso acontece através do *Complexo de Édipo*.

[...] a família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar. Nesse caso, o lugar do pai é essencial como estruturante na formação psíquica dos filhos, para ser um terceiro na relação mãe-filho. É exatamente esse terceiro (um pai) que vem separar a mãe do filho, possibilitando que ele se torne sujeito. Foi essa necessidade, essa essencialidade que *Freud* demonstrou ao mundo, por meio da lenda grega Édipo, teorizando o seu Complexo de Édipo, em que o desejo da criança pela mãe deve ser interditado por um *outro*. É esse outro que metaforiza e exerce a função paterna[15].

É essencial ressaltar que “mesmo na ausência, o pai se faz presente pelo discurso da mãe. Esta fala da mãe é decisiva para a criança e marca o referencial de “lei”, quando fala sobre o pai”.

A História, a Psicanálise, o Direito e até mesmo as religiões asseguram ao homem, principalmente como

pai, um alugar mais fundamental: fundante. Fundante porque é ele, ocupando o lugar da lei, faz o primeiro encaminhamento à cultura, por um interdito proibitório das relações exclusivamente maternas em benefício da subjetividade da criança[16].

Mas, apesar de reconhecermos a influência do pai para a formação de outra pessoa, é imprescindível demonstrar também o papel da mãe, esta que, segundo Freud, é a primeira paixão do indivíduo. Antigamente, no mundo ocidental, era a mãe quem exercia praticamente sozinha a função de educar a prole.

Com as mudanças do sistema patriarcal, não se pode mais fazer o retrato típico. No patriarcado, o pai, além de encarnar a lei, a autoridade, é instituído de um poder quase divino. Por outro lado, pouca atenção foi dada ao outro lado desse sistema: as crianças eram abandonadas afetivamente pelo pai e tornavam-se propriedades exclusivas da mãe. O início da vida se desenrolava sem a presença do pai[17].

Mas, "com a revolução feminista, os homens tendem a uma participação mais efetiva e não se limitam a ser apenas a representação da lei", assim, ajudando mais ativamente na criação dos filhos, entre outras coisas, como realizar afazeres domésticos, posto que se passa a reconhecer a igualdade entre os sexos. De forma que, atualmente, tanto o pai como a mãe exercem papéis essenciais para a formação do(s) seu(s) filho(s).

3. DANO MORAL

O dano, do latim *damnum*, é "*a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator*"[18]. Segundo a maior parte da doutrina, ele se subdivide em dois grandes grupos - o dano patrimonial e o dano moral. Para melhor conceituar o dano moral, é necessário evidenciar a diferença deste com o dano material.

É possível distinguir no campo dos danos, a categoria dos danos patrimoniais (ou materiais), de um lado, dos chamados danos extrapatrimoniais (ou morais), de outro. *Material* é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. *Moral* é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio. A expressão “dano moral” deve ser reservada exclusivamente para designar a lesão que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial[19].

A indenização por dano moral ou patrimonial é uma saída tão viável que a Carta Maior a propõe por duas vezes durante o seu texto, ambas no art. 5º, a primeira em seu inciso V e a outra no X. Dentre os direitos e garantias fundamentais está “assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, segundo palavras do próprio texto constitucional, no seu inciso V, art. 5º.

No inciso X do mesmo artigo, a Constituição também propõe a indenização por dano moral ou material nos casos de violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Dessa forma, a lei protege amplamente a imagem das pessoas em qualquer instância – seja nas relações particulares – de amizade ou familiares – seja nas relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc. Cumpre destacar que, nesse mesmo inciso consta a proteção da imagem também frente aos meios de comunicação, ou seja, caso a imagem da pessoa venha a ser divulgada de forma vexatória, ela pode requerer indenização por danos morais.

Se faz mister evidenciar que, nos dois dispositivos, a proteção é garantida tanto à pessoa física quanto à pessoa jurídica. Inclusive, é importante saber que a possibilidade desse resguardo é destinada a todos, sem distinções, dentro do território nacional, ou seja, também pessoas que

não moram no país, enquanto estiverem nele, terão sua inviolabilidade garantida.

O art. 5º da Constituição Federal afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Observa-se, porém, que a expressão *residentes no Brasil* deve ser interpretada no sentido de que a Carta Federal só pode assegurar a validade e gozo dos direitos fundamentais dentro do território brasileiro, não excluindo, pois, o estrangeiro em trânsito pelo território nacional, que possui igualmente acesso às ações, como o mandado de segurança e demais remédios constitucionais. Igualmente as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois reconhecem-se as associações, o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enunciados e garantidos pela Constituição são de brasileiros, pessoas físicas e jurídicas[20].

A viabilidade do processo por dano moral não era reconhecido pelas leis no Brasil, antes de 1988; embora houvesse jurisprudências que versavam sobre o assunto, a questão não era consensual. Por essa época, questionava-se se a dor teria um preço, uma valoração muitas vezes classificada como imoral. A Constituição da República de 1988, não só pacificou a possibilidade da reparação pecuniária por dano moral, como também tornou aceitável a cumulação de dano material e dano moral. Este também foi outro objeto de muita divergência doutrinária e jurisprudencial. Segundo afirma Rui Stocco, citado por Alexandre de Moraes:

Pacificado, hoje, o entendimento de que o dano moral é indenizável e afastada as restrições, o preconceito e a má vontade que a doutrina pátria e alienígena impunham à tese, com o advento da nova

ordem constitucional (CF/88), nenhum óbice se pode, *a priori*, antepor à indenizabilidade cumulada[21].

Assim, com o reconhecimento Carta Maior, superou-se a parcela da doutrina que não acreditava ser possível a indenização por dano moral, classificando tal possibilidade como imoral, pois, para ela, o dano moral não seria indenizável, partindo do argumento de que um valor pecuniário não compensaria o sofrimento da vítima. Outras objeções foram feitas por esses doutrinadores, tais com a falta de durabilidade do dano moral; a dificuldade probatória; a impossibilidade de se mensurar exatamente o *quantum* indenizatório, entre outras. Porém, como já foi dito, todos esses supostos obstáculos já foram superados com a disposição constitucional, reconhecendo o dano moral.

Cumprе observar que a Constituição utiliza o termo *indenização* quando se trata da compensação pelo dano moral. A doutrina, entretanto, propõe uma diferenciação dos termos *ressarcimento*, *reparação e indenização*, entendendo que, no caso do dano moral, não se pode indenizar, mas reparar o indivíduo lesado. Cada uma dessas expressões definiria uma situação específica, levando-se em conta o tipo de dano sofrido, o ofensor e se o ato é lícito ou não.

Ressarcimento é o pagamento de todo o prejuízo material sofrido, abrangendo o dano emergente e os lucros cessantes, o principal e os acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprego da coisa. *Reparação* é a compensação pelo dano moral a dor sofrida pela vítima. E a *indenização* é reservada para a compensação do dano decorrente de ato lícito do Estado, lesivo do particular, como ocorre nas desapropriações[22].

A Constituição não usou tais expressões do modo como está descrito acima, mas, sim, empregando o termo *indenização* tanto para o pagamento por dano moral, quanto para o pagamento por dano patrimonial, dessa forma, caracterizando aquele como gênero destes, como

se pode observar nos incisos V e X do artigo 5º já citados. Diante do exposto, nos sentimos à vontade para utilizar também dessa forma esse vocábulo.

É crucial mencionar que só haverá a possibilidade de indenizar se o ato, comissivo ou omissivo, causar, de fato, dano, como assegura o artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Desta conceituação legal, percebemos que existem três elementos para que se torne exigível a reparação civil. São eles: a conduta humana, o nexo causal e o dano (prejuízo). Podemos encontrar, no dano moral, assim como no patrimonial, todos esses três subsídios. Ou seja, além da garantia no próprio texto da lei, podemos ter certeza de que o dano moral também é indenizável, porque ele alcança os pressupostos gerais da responsabilidade civil.

Assim como a maior parte da doutrina, não vemos a culpa como elemento para que se caracterize tal responsabilidade, pois pode haver indenização por dano que não decorra de culpa – responsabilidade objetiva.

Embora mencionada no referido dispositivo de lei por meio das expressões “ação ou omissão *voluntária, negligência ou imprudência*”, a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva)[23].

O primeiro elemento para que se caracterize a responsabilidade civil é a conduta humana consciente, mesmo que a ação não tenha por objetivo prejudicar o outro. Esta deve ser voluntária, independente se comissiva ou omissiva, ou seja, é o poder volitivo do ofensor que acarreta o dano. Sobre esse dano ensina Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Em outras palavras, a *voluntariedade*, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar dano, mas sim, e tão-somente, a *consciência daquilo que se está fazendo*. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calcada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calcada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato[24].

O elemento que se segue é o *nexo causal*, que consiste na ligação entre a conduta humana, primeiro elemento, e o dano, terceiro elemento. Ou seja, o nexo causal é aquilo que vincula a ação de um sujeito ao prejuízo sofrido por outro; essa relação deve ser comprovada, em juízo, como afirma Venosa[25]:

É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Faz-se mister averiguar se causas excludentes da responsabilidade civil ocorreram no fato concreto para que se estabeleça o elemento nexo causal. Tais causas, válidas tanto para questões de natureza moral quanto material, são enumeradas por Stolze e Gagliano. A primeira, "estado de necessidade", se dá quando alguém age no sentido de proteger um direito seu, mas acaba por ofender um direito alheio "de valor jurídico igual ou

inferior àquele que se pretende proteger”; a “legítima defesa” ocorre quando o indivíduo, diante de um risco atual e iminente, age a fim de se defender de uma situação de agressão, de forma proporcional; o “exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal” se dá quando as ações praticadas são legitimadas por regras ou leis preestabelecidas (os autores citam como exemplos lutas de boxe ou desmatamentos em áreas autorizadas); “caso fortuito e força maior” se dá quando acidentalmente ocorre um fato que não se pode evitar ou impedir; no caso de “culpa exclusiva da vítima”, quando a consequência[26] do dano se dá por atos exclusivos da vítima, embora haja outras pessoas envolvidas. A última das excludentes citadas pelos autores é chamada “fato de terceiro”, quando a responsabilidade do dano sofrido não advém daquele que seria o seu agressor imediato, mas de um terceiro agente, ao qual se deveria mover o processo. Ainda quanto à possibilidade de o processo não resultar em indenização, os autores citam a “cláusula de irresponsabilidade”, a qual não será aqui abordada, por não ser passível de ocorrência em processos por danos morais entre familiares.

Para que o dano possa ser realmente ressarcido se faz necessária a presença de três requisitos mínimos – *a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; a certeza do dano; subsistência do dano*. Estes requisitos são uma classificação de Stolze e Pamplona[27] e também de outros doutrinadores, mas há quem acredite que, quando se trata de dano moral, é difícil constatar os dois últimos requisitos, o que, mesmo assim, não deixaria de configurar o dano e torná-lo indenizável.

Autores, como Silvio Rodrigues[28], embora concordem com a indenização, levantam alguns impasses presentes na doutrina, como a dificuldade de descobrir o dano e a sua durabilidade, ou como se pode determinar a quantidade de pessoas lesadas, ou ainda o poder de que investe o juiz para quantificar o valor pecuniário do dano moral. Outras dificuldades do processo indenizatório por dano moral serão abordadas adiante.

Como já foi citado, o dano se subdivide em moral e patrimonial. Agora, trataremos especificamente do dano moral (extrapatrimonial). O

dano moral é aquele que fere os direitos personalíssimos do indivíduo, não atingindo nenhum bem patrimonial, com valor pecuniário definido. Neste sentido, para Cavalieri Filho seria mais pertinente denominar esse dano de "imaterial ou não patrimonial", já que ele abrange os sentimentos do indivíduo, extrapolando o material, o palpável, ferindo algo intrínseco à pessoa humana, como sua dignidade, honra, intimidade e vida privada.

Ultrapassada a antiga discussão quanto à possibilidade do dano moral, reconhecemos que medir o valor pecuniário de um dano moral e prová-lo é, sem dúvida, algo árduo, pois não se pauta em parâmetros econômicos. Mas, é, sim, válido, pois, como já comprovamos, havendo dano, conduta humana e nexo causal, a responsabilidade civil é viável. Apesar de se tratar de um dano que a princípio não seria quantificado monetariamente, quantificá-lo, tornando-o, assim, indenizável, é uma possibilidade de compensar o dano sofrido pela vítima. Ainda sobre o assunto Silvio Rodrigues^[29] ressalta que

a idéia de tornar indene a vítima se confunde com o anseio de devolvê-la ao estado que se encontrava antes do ilícito. Todavia, em numerosíssimos casos é impossível obter-se tal resultado, porque do acidente resultou consequência irremovível. Nessa hipótese há que se recorrer a uma situação postíça, representada pelo pagamento de uma indenização em dinheiro. É um remédio nem sempre ideal, mas o único que se pode lançar mão.

A polêmica da quantificação do dano moral advém da dificuldade em se dar um valor concreto para algo abstrato. O fato de não existirem, no Brasil, critérios legais para mensurar a indenização, faz alguns acreditarem que isso dificultaria tal liquidação e, também, daria ao juiz uma excessiva discricionariedade. Mas, ao contrario desses doutrinadores que pensam que uma lei é melhor à medida que limita a arbitrariedade do juiz, acreditamos que a mensuração do *quantum* indenizatório, da forma como se faz atualmente, analisando o caso concreto, atende as necessidades da responsabilidade civil, já que, só diante de um fato real, pode se medir a

gravidade e a duração do dano experimentado, ressaltando que se deve recorrer a doutrina e jurisprudência como balança para tais medidas.

Cícero Camargo Silva^[30], em seu artigo Aspectos relevantes do dano moral, traz os já citados e outros aspectos a se avaliar para a mensura da indenização por dano moral. São eles: grau de reprovação da conduta lesiva; intensidade e durabilidade do dano sofrido pela vítima; capacidade econômica do ofensor e do ofendido; e condições pessoais da vítima.

Segundo o próprio autor, essas são as pautas de mensuração que podem

[...] nortear o Estado-juiz em seu mister de arbitrar o *quantum* justo como satisfação dos padecimentos morais, o sistema jurídico pátrio prescreve critérios específicos para aferir e valorar, por aproximação, o montante reparatório adequado^[31].

É importante reportar que com a indenização por dano moral alcançar-se-ão as funções gerais da responsabilidade civil, que no dano moral de modo específico se fazem igualmente importantes; são elas: a compensação do dano à vítima; a punição do ofensor; e a desmotivação social. Através da indenização por dano moral objetiva-se compensar a vítima pelo dano sofrido, de forma, a tentar confortá-la, mesmo sabendo-se ser impossível o retorno ao *status quo ante*, posto que se trata de ofensa moral, e não algo material que possa ser reconstituído. Já a punição do ofensor tem como finalidade castigar o causador do desdouro de outrem, assim, configurando-se numa espécie de pena para aquele que realizou a conduta humana capaz de desencadear no dano. Tal punição existir faz com que, não só o próprio ofensor seja desmotivado a cometer a conduta novamente, bem como, toda a sociedade de praticá-la, posto que, uma vez conscientizando-se das repreensões que tal conduta pode trazer, será um obstáculo para concretizá-las, constituindo-se, assim, a terceira função da responsabilidade civil aqui enumerada.

A dificuldade probatória também é um obstáculo à reparação por dano moral. Pois, como se mensurar algo que fere a alma do indivíduo? Como se limitar algo que é invisível? Por essa impossibilidade é que no

dano moral não se faz necessária a prova material, mas, mas somente a prova do ato que teve como consequência o dano moral. Assim, “os prejuízos extrapatrimoniais suportados pela vítima independem de prova material para emergir o direito à reparação moral, bastando a comprovação da prática antijurídica perpetrada pelo ofensor” [32].

O medo da banalização do dano moral também é algo que assombra os doutrinadores e operadores do direito; teme-se uma indústria do dano moral, em que não se procuraria a justiça a fim de compensar uma dor latente, mas, somente visando buscar um enriquecimento pecuniário. De fato, há essa possibilidade, porém o juiz tem que estar atento para, no caso concreto, distinguir esses casos, daqueles em os indivíduos realmente procuram o judiciário para obter uma compensação de algo que fere sua alma. Por fim, sobre esse assunto, assegura Cavaleiri Filho[33]:

Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação, que fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exarcebada estão fora da órbita do dano moral, porquanto além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

4. A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

PATERNO-MATERNO-FILIAIS

A família é um fenômeno social e biológico amplamente protegido pelo Direito, inclusive, a Constituição em seu texto reconhece nela a base da sociedade e a oferece *especial* proteção, a respeito desse tema Rodrigo Cunha[34] garante:

É nessa *estrutura familiar*, que existe antes e acima do Direito, que nos interessa investigar e trazer para o Direito. E é mesmo sobre ela que o Direito vem, por meio dos tempos, regulando e legislando, sempre com o intuito de ajudar a mantê-la para que o indivíduo possa, inclusive, existir como cidadão (sem esta estruturação familiar na qual há um lugar definido para cada membro, o indivíduo seria psicótico) e trabalhar na construção de si mesmo (estruturação do sujeito) e das relações interpessoais e sociais que remetem a um ordenamento jurídico.

É dentro de tal estrutura que analisaremos a responsabilidade civil, especificamente, a possibilidade de compensação por dano moral, posto que, como em todas as demais relações humanas, há a possibilidade de dano moral, e este deve, sim, ser indenizado, mas sempre se respeitando a especial proteção dada à família pela Carta Magna. Assim, é imprescindível ressaltar

que as propriedades próprias do vínculo familiar não admitem a incidência pura e simples das regras da responsabilidade civil, exigindo uma filtragem, sob pena de desvirtuar a natureza peculiar (e existencial) da relação de Direito de Família[35].

A família é o *locus* que proporciona o desenvolvimento do indivíduo, e, por isso, tal proteção anteriormente citada. Contudo, tem-se que reconhecer que uma família desestruturada, em que ocorrerem

frequentes violações aos direitos personalíssimos de seus membros, cria indivíduos com uma série de problemas, já que

no âmbito familiar vão se suceder os fatos elementares da vida do ser humano, desde o nascimento até a morte. No entanto, além de atividades de cunho natural, biológico, psicológico, fisiológico..., também é a família o terreno fecundo para fenômenos culturais, tais como as escolhas profissionais e afetivas, além da vivência dos problemas e sucessos. Nota-se, assim, que é nesta ambientação primária que o homem se distingue dos demais animais, pela susceptibilidade de escolha de seus caminhos e orientações, formando grupos onde desenvolverá sua personalidade, na busca da felicidade – aliás, não só pela fisiologia, como, igualmente, pela psicologia, pode-se afirmar que o homem nasce para ser feliz[36].

Apesar de existirem doutrinadores e jurisprudência que não reconhecem o dano moral nas relações familiares, assim como já houve uma época que sequer se reconhecia o dano moral, pode se depreender da Constituição de 1988, para alguns estudiosos do Direito, como Edvaldo Sapia Gonçalves[37], que:

A família passou a ser reconhecida como um lugar onde a vida deve ser compartilhada e a dignidade humana enaltecida. Se assim o é, impõe concluir que os atos que revelem a falta do afeto e de respeito mútuo entre seus membros, especialmente quando deles resultem dano, devem ser compreendidos como ilícitos. Por sua vez, como atos ilícitos devem ser considerados fatos geradores de responsabilidade civil.

O entendimento de que o dano moral é possível nas relações familiares, apesar de ainda não ser pacífico na doutrina e nem na

jurisprudência, já vem sendo levado em consideração, até por aqueles que se mostram contrários a ele. Maria Berenice[38], apesar de se posicionar contrariamente a possibilidade de reparação por dano moral na esfera familiar, citando Ruy Rosado de Aguiar Jr., reconhece que:

há uma acentuada tendência de ampliar o instituto da responsabilidade civil. O eixo desloca-se o elemento do fato ilícito para, cada vez mais, preocupar-se com a reparação do dano injusto.

Mas, como já foi dito acima, através das palavras de Edvaldo de Sapia Gonçalves, a partir do momento que se considera a família como base da sociedade (art. 226, CR), inclusive, garantindo, da mesma forma, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, dentre outros direitos, o direito à convivência familiar (art. 227, CR), e, portanto, protege-se esse direito, caso ele venha a ser violado, se constitui, sim, ato ilícito, tudo que atente contra tal proteção.

Apesar de não haver lei específica que determine o reconhecimento do dano moral nas relações familiares, deve se reconhecer, igualmente, que não há nenhuma ressalva, nem na Constituição da República de 1988 e nem no Código Civil de 2002, que impeça a aplicação de tais danos no âmbito familiar. Cabe lembrar que a Carta Magna, sem fazer qualquer exclusão, assegurou o princípio da reparabilidade do dano moral (art. 5º, V e X da CF), impondo aos operadores jurídicos o dever de resguardar os direitos que dele emergem[39].

É flagrante que nas relações envolvendo parentes podem ocorrer violações aos direitos personalíssimos, ocasionado, desse modo, a possibilidade da reparação civil. Se essas podem ocorrer fora do ambiente familiar, por que não poderiam estar presentes na família?

Como já citado no capítulo anterior, são três elementos para que se torne exigível a reparação civil - a conduta humana, o nexo causal e o dano (prejuízo). O dano moral nas relações familiares alcança todos esses elementos, tendo um membro da família como sujeito da conduta humana, um elo que liga esta ao dano - nexo causal -, e, por fim, o dano, no caso,

moral. Assim, existindo o dano, é através da relação causal que vai se chegar ao ofensor, ao sujeito da ação humana; da mesma forma que é indispensável na responsabilidade civil genérica, também se faz imprescindível na responsabilidade civil no Direito de Família. Portanto, não há prejuízo de nenhum dos elementos da responsabilidade civil, quando se trata de dano moral nas relações familiares.

Em relação aos requisitos da responsabilidade civil, acreditamos, sim, que podem ser encontrados no dano moral no âmbito familiar, mas, para isso, o Direito não pode se isolar como ciência autônoma, urge haver uma visão interdisciplinar para se aperfeiçoar problemas como o de provar a certeza do dano e a subsistência do dano, dois dos requisitos da responsabilidade civil. O primeiro requisito, violação a um interesse jurídico, é perfeitamente observável a partir de uma análise hermenêutica do texto constitucional e do Código Civil, que como já afirmamos não restringe a responsabilidade civil das relações entre parentes.

Quanto ao requisito subsistência do dano, queremos asseverar, que apesar de alguns doutrinadores acreditarem que não existe a permanência do dano moral, ela há, sim, especialmente no âmbito familiar, que é aquele que deveria dar estrutura para o indivíduo, mas também pode marcá-lo por muito tempo ou, até mesmo, por toda sua vida, interferindo nas suas relações profissionais e ou sociais.

Propomos aqui que para alcançar os requisitos da responsabilidade civil, certeza e subsistência do dano, no caso de dano moral nas relações familiares, haja a presença de perícia psicológica para se averiguar tais requisitos. Num processo, o julgador deve analisar, dentre outras coisas, o impacto que o homem médio teria ao sofrer determinadas ofensas no âmbito familiar, mas, para averiguar a certeza e a subsistência do dano, deve, principalmente, determinar a perícia de um psicólogo e acreditar no laudo dado por ele.

Ressalvando que deve sempre se preservar a entidade familiar, de forma que não se estimule a busca do dano moral por questões de vingança ou enriquecimento ilícito, ou seja, do qual não se deu causa, mas sim para as questões que de fato firmam os direitos personalíssimos do

indivíduo inserto nessa entidade amplamente resguardada. E para que isso seja possível temos que contar aqui novamente com o discernimento do juiz no caso concreto.

Neste trabalho, nos preocuparemos especificamente em analisar a possibilidade do dano moral e da sua reparação nas relações familiares entre pais e filhos. Escolhemos tal recorte, por reconhecer, na criança e no adolescente, o pólo mais vulnerável de uma família, posto que ainda se encontra em formação. Por isso, também percebemos uma preocupação legal em protegê-los enquanto pessoas, não só são protegidos pela Carta Magna, como também através de legislação específica, em que se reconhecem suas especificidades, como no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº. 8.069 de 1990^[40], que traz as seguintes garantias:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

Através desses artigos podemos depreender que, além de reconhecer que as crianças e os adolescentes gozam dos direitos fundamentais garantidos na Constituição da República, esses têm ampla

proteção específica na Lei, o que impõe que se tenha um maior cuidado para que esses direitos não venham a ser violados, inclusive, no âmbito familiar. Ou melhor, principalmente no âmbito familiar, já que é nele que se forma a personalidade do indivíduo, a base para que ele conviva com os outros de sua espécie. O reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos de personalidade são incomensuráveis, posto que eles que formam a pessoa.

De modo que podemos conceber a personalidade como um composto de elementos que lhe dão estrutura. Vale dizer que, sem ditos bens, não se integra uma pessoa; e logo, privadas as pessoas deles, não há falar em comunidade de homens na ordem jurídica e, por conseguinte, não há falar em ordem jurídica nem em verdadeira sociedade^[41].

Por tudo isso, deve se proteger as ofensas a tais direitos, mesmo que ocorridas em casa, no ambiente familiar, mesmo que os ofensores sejam os pais da criança, porque tais direitos, talvez sejam os mais importantes da nossa ordem jurídica, pois como fala o autor acima, sem eles provavelmente nem ela nem a sociedade existissem, de tão inerentes que são ao ser humano.

Outro princípio, também, vem corroborar para que se reconheça a possibilidade de compensação por dano moral requerido pelos filhos por atos do pai ou da mãe. O princípio do melhor interesse do menor, que pode se depreender do *caput* do artigo 227 da Constituição, tem fundamentado muitas decisões judiciais em favor da criança ou do adolescente, por isso esse princípio deve ser trazido para que se possa analisar melhor o dano moral na família. Devemos sempre observar com *absoluta prioridade* aquilo que garantirá ao menor o pleno gozo dos direitos personalíssimos, e permitir que se repare um dano extrapatrimonial por ato dos seus pais, dessa forma, se amenizando a dor sofrida pelo menor dentro de sua própria família, concretizando-se, assim, mais uma forma de se efetivar o princípio do melhor interesse do menor.

Faz-se mister, ressaltar como pode ocorrer o dano moral no ambiente da família, Sapia[42] afirma que a violência doméstica contra as crianças e adolescentes pode manifestar-se de diversas maneiras, dentre elas nos interessa enumerar as ameaças, humilhações e outras formas de afetação psicológica. Ainda sobre esse tema assevera Alexandre Sturion[43] que:

De pronto observa-se que um dos meios empregados para a ocorrência do fato danoso não se restringe apenas ao físico, corporal, mas pode caracterizar-se com facilidade na forma verbal ou expressões simbólicas, ou seja, um sujeito será atacado em sua integridade por emprego de palavras, gestos, símbolos, figurações, etc..

Utilizando a técnica dos renomados doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, ainda sobre as formas de os pais causarem dano a criança ou adolescente, há uma música de Chico Buarque que choca-nos por enumerar tantas formas de ferir moralmente um filho, dentre outras até criminosas.

Por que creceste, curuminha/ Assim depressa, e
estabanada/ Saíste maquiada/ Dentro do meu
vestido/ Se fosse permitido/ Eu revertia o tempo/ Para
viver a tempo/ De poder

Te ver as pernas bambas, curuminha/ Batendo
com a moleira/ Te emporcalhando inteira/ E eu te
negar meu colo/ Recuperar as noites, curuminha/ Que
atravessei em claro/ Ignorar teu choro/ E só cuidar de
mim

Deixar-te arder em febre, curuminha/ Cinquenta
graus, tossir, bater o queixo/ Vestir-te com desleixo/
Tratar uma ama-seca/ Quebrar tua boneca,
curuminha/ Raspar os teus cabelos/ E ir te exibindo
pelos botequins

Tornar azeite o leite/Do peito que mirraste/ No
chão que engatinhaste, salpicar mil cacos de vidro/
Pelo cordão perdido/ Te recolher pra sempre/ À
escuridão do ventre, curuminha/ De onde não
deverias/Nunca ter saído

(Chico Buarque, *Uma canção desnaturada*)

Na música, é possível observar vários atos que poderiam causar danos morais, como o ato de negar-se a cuidar de um filho, negar-lhe o colo, usar a imagem do filho para que este sinta vergonha de si, vestindo-o mal propositadamente e raspando seu cabelo com o mesmo intuito. E, também, não podemos deixar de comentar, que a depender do caso, o ato de quebrar a boneca de uma criança é um ato muito violento, posto que a boneca, normalmente exerce um poder simbólico para a criança, como se fosse uma espécie de "amiga". Por tudo que aqui já se mostrou, temos que reconhecer o quanto é covarde o ato de causar dano moral, no ambiente familiar, às crianças e aos adolescentes.

Por tudo isso, é imprescindível o reconhecimento do dano moral nas relações familiares, especialmente aqueles causados por ato dos pais aos seus filhos. Fazendo-se, assim, exígua a aplicação dos efeitos jurídicos sancionatórios pela prática de tal dano, apontados por alguns doutrinadores como suficientes, como ruptura do vínculo; separação de corpos e afastamento do lar; exclusão da herança; dever de prestar alimentos; perda do poder familiar e da guarda dos filhos. Realmente, é essencial, em alguns casos, a compensação por dano moral. Como reconhece o ministro Barros de Monteiro, num recurso para o STJ.

Único a votar pelo não-conhecimento do recurso, o ministro Barros Monteiro considerou que a destituição do pátrio poder não interfere na indenização. "Ao lado de assistência econômica, o genitor tem o dever de assistir moral e afetivamente o filho", afirmou. Segundo Barros Monteiro, o pai estaria desobrigado da indenização, apenas se comprovasse a ocorrência de motivo maior para o abandono[44].

Com o reconhecimento de que é possível a compensação por dano moral nas relações familiares, também, alcançaríamos as funções da responsabilidade civil, o que no âmbito do Direito de Família, teria uma importância imensa. As funções da responsabilidade civil são compensatória do dano à vítima, punitiva do ofensor, desmotivação social da conduta lesiva. No caso estudado neste trabalho, compensar uma vítima já tão vulnerável naturalmente, punir o ofensor inibindo que este pratique tal conduta danosa novamente e, também, a sociedade como todo, que ao perceber que a punição existe, ver-se-á desmotivada em praticá-la, constitui-se, assim, um benefício para todos.

Além de não se reconhecer o dano moral nas relações materno-paterno-filiais, a doutrina que é contrária a isso, também põe como obstáculo, para a compensação por dano moral, a dificuldade de se quantificar monetariamente tal dano. De fato, não negamos que é uma tarefa árdua, mas entendemos que é possível. Para mensurar o *quantum* compensatório por dano moral sofrido pelo filho por ato do pai ou da mãe, deve se levar em conta, a quantidade do sofrimento experimentada pelo filho, o tempo que isso demoraria a ser sanado, se for o caso, ou, da mesma forma, reconhecer-se a irreparabilidade do dano no tempo, e, também, o poder aquisitivo do pai, posto que uma das funções da responsabilidade civil é a punição da vítima, dentre outros quesitos que cada caso em particular trará.

Não daria aqui para especificarmos as possibilidades de requerimento de danos morais dos filhos por ato dos pais, mas, com o intuito exemplificativo, queríamos enumerar alguns: o dano moral pelo não reconhecimento da paternidade, o dano moral pelas lesões pré-natais e transmissão de moléstia ao nascituro na reprodução natural, dano moral por obstrução dos direitos de visitas, dano moral provocado pelo descumprimento do dever de sustento, dano moral provocado pelo descumprimento do dever de assistência moral e intelectual. Como se pode observar, muitas são as possibilidades, que, tornamos a ressaltar, contudo não se esgotam.

Inclusive, uma questão que tem sido questionada pelos juristas hodiernamente, é se a *alienação parental* seria uma tutela a ser requerida

por um dos pais ou pelo filho, a questão é: quem é a verdadeira vítima diante desse fato? Alienação parental é o termo proposto por Richard Gardner, em 1985, para a situação em que a mãe ou o pai de uma criança a treina para romper os laços afetivos com o outro cônjuge, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação ao outro genitor[45]. A nosso ver, realmente o maior prejuízo experimentado é o da criança, que se torna parte de um jogo vingativo de um de seus pais, ou algumas vezes, até mesmo, de ambos os pais. Por isso, entendemos que também neste caso devemos nos socorrer da responsabilidade civil, de forma a, entre outras coisas, compensar a verdadeira vítima – o filho, e inibir a conduta danosa.

Realmente, até então, não são muito frequentes os pedidos judiciais de compensação por dano moral nas relações familiares, segundo Sapia, citando ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, isso acontece por dois motivos:

O fato de essa responsabilidade não ser exigida perante os tribunais brasileiros resulta, principalmente, de duas causas: do profundo respeito pelos laços familiares, dificultando a transferência dessas questões para o poder decisório do Judiciário, e da falta de espírito criador dos homens da Justiça - predominando a primeira causa, nos tempos passados, e a segunda, nos dias de hoje[46].

De fato, é importante respeitar-se a família, é até um cumprimento ao dispositivo constitucional e legal, mas deixar de reconhecer fatos danosos, dessa forma impedindo sua reparação, é errado. Por isso, temos que evitar tal prática e passar a verificar melhor as questões de dano no âmbito familiar, para que tanto se proteja efetivamente a criança e o adolescente, quanto se impeça a perpetuação de práticas que prejudique as mesmas, caso contrário, continuaremos legitimando ofensores e deixando vítimas indefesas.

E quanto à falta de espírito criador citada pelo autor, isso só depende de nós que lidamos com o direito de achar novas formas de que a justiça alcance a todos, e isso se fará através de estudo de caso, análises

hermenêuticas da Constituição e das leis e, também, se faz imprescindível a comparação com leis de outros países, assim, poderemos refletir sobre o assunto e torná-lo, de fato, possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, analisamos a possibilidade da reparação do dano moral sofrido pelo filho por ato dos pais. Para isso, apesar de reconhecermos que parte da doutrina se posiciona contrariamente a essa possibilidade, mostramos a viabilidade de processos dessa natureza, de forma a contribuir para o amadurecimento da questão, já que tal tema ainda é pacífico na doutrina.

Antes de chegarmos ao tema central, trouxemos alguns conceitos de família, mostrando as evoluções históricas destes e o quanto têm sofrido mudanças no decorrer do tempo. Para isso, ressaltamos as restrições do conceito de família durante o Código Civil de 1916, e as mudanças que ampliaram tal conceito na Carta Magna de 1988.

No Código Civil de 1916, só se reconhecia como família aquela advinda do casamento, mas essa restrição não mais acompanhava os avanços sociais, por isso, com julgados, doutrinas e jurisprudências, começou-se a transformação e ampliação desse conceito limitado. Até que a Constituição de 1988 pôs fim a essa celeuma, passando a considerar família, além daquela formada através do casamento civil ou religioso com efeitos civis, as uniões estáveis entre homem e mulher e as famílias monoparentais. Dessa forma, transmutando a família de um foco patrimonialista, para um mais humanista, em que o afeto é o elemento definidor. Apesar de perfilharmos toda a evolução jurídica sobre o que é família, é evidente que ainda se tem muito o que evoluir, pois, por exemplo o Direito ainda se omite quanto as relações homossexuais.

A família é muito importante, tanto para a sociedade, como para a formação do indivíduo. Ela é a célula-mater para que exista a sociedade, para que os indivíduos se aglomerem de forma civilizada, por isso a Carta Maior a caracteriza como *base da sociedade* e lhe confere *especial proteção*. Contudo, a importância da família não se exaure nisso, ela

também é essencial para a formação do indivíduo, posto que é nela que se formada a personalidade deste.

Por conseguinte, tratamos especificamente sobre a relação entre pais e filhos e referimo-nos a esses membros insertos na família – os filhos, e comprovamos a sua maior susceptibilidade diante dos demais, principalmente, evidenciando que os que não atingiram a maioridade, por não terem o discernimento completamente formado, dependeriam mais de um núcleo familiar saudável.

Para mostrar que esses indivíduos podem sofrer dano moral no âmbito familiar, conceituou-se o dano moral, apresentando as diferenças deste com o dano patrimonial, entre outras peculiaridades.

O dano moral já sofreu muitos questionamentos quanto a sua possibilidade, até que, novamente, com a Constituição de 1988 foi consolidado seu reconhecimento, inclusive, consolidando também a viabilidade de cumulá-lo com o dano material. Suprindo a natural falta de especificidade da Carta Magna, o Código Civil estabelece as condições para que ocorra a reparação do dano, mencionando o CC de 2002 os elementos e os requisitos da responsabilidade civil.

Dentre as questões suscitadas por aqueles que se opunham ao dano moral, estava a dificuldade em mensurá-lo e em prová-lo, mas tais empecilhos foram superados, através do reconhecimento de que, apesar de não se tratar de algo econômico, a compensação pecuniária amenizaria a dor experimentada pela vítima e pune o ofensor, dentre outras coisas. Quanto ao problema de mensura do dano moral, confiou-se no juiz para, diante do caso concreto, definir o *quantum* indenizatório. Apesar de (até hoje) haver quem defenda que é discricionariedade demais para um julgador.

O reconhecimento do dano moral é essencial para que se repare algumas situações, porém, não pode se permitir que esse se transforme num meio para se realizar vingança ou enriquecer sem causa, enriquecimento ilícito, transformando-se, assim, esse instituto tão respeitável numa indústria do dano moral. Isso deve ser totalmente

desestimulado, e para isso faz-se mister a observação do juiz para que demandas com esse propósito não sejam recompensadas.

A partir do momento que se passou a considerar a família um meio que deve propiciar o desenvolvimento de seus membros e assegurar a dignidade humana desses, aquilo que ferir tais direitos passa-se, também, a ser considerado dano, no caso, moral, por ofender direitos extrapatrimoniais. Dessa forma, entendemos que é possível o dano moral nas relações familiares.

Impõe-se ressaltar que a Constituição não fez nenhuma ressalva quanto à responsabilidade civil nas relações familiares. Apesar de não haver dispositivo específico sobre a possibilidade da compensação por dano moral nas relações familiares, restrição também não há, de forma que, numa análise hermenêutica podemos concluir que tal compensação é possível.

Queremos aqui ressaltar, que do mesmo modo como ainda não é pacífica a questão da aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares, antes também não era pacífica a possibilidade de dano moral. Assim, provavelmente, o reconhecimento do dano moral nas relações familiares só dependa mesmo da evolução dos conceitos, que a princípio serão somente doutrinários e jurisprudenciais, para depois se alcançar a letra da lei.

Pudemos observar durante o capítulo anterior que o dano moral nas relações familiares cumpre a maioria das características da responsabilidade civil, como os elementos para sua constituição – conduta humana, nexo causal e dano. A maior particularidade do dano moral na família consiste em efetivamente se dar maior proteção a ela, posto que sua importância é merecidamente reconhecida, inclusive, ou melhor, principalmente, pela Carta Magna.

Quanto ao problema em se provar a certeza e a subsistência do dano – alguns requisitos para que se reconheça a responsabilidade civil –, propomos a realização de perícias com psicólogos, que, como técnicos da área da Psicologia, terão mais aptidão para analisar se de fato o indivíduo sofreu o dano e se ele ainda existe em sua psique. Não afastando, é claro o

discernimento do juiz, que deve se basear no homem médio. Queremos aqui asseverar, também, que o julgador da causa realmente deve levar em conta a perícia técnica feita, assim, socorrendo-se da Psicologia, através dos psicólogos, para decidir os casos práticos, havendo, dessa forma, uma interdisciplinaridade na análise das situações concretas.

É imprescindível destacar que se o dano moral nas relações familiares já é algo muito nocivo, quando esse dano é sofrido por alguma criança ou adolescente isso se torna muito mais grave, posto que ainda é um indivíduo em desenvolvimento, tendo seus direitos não só garantidos pela Constituição e por outras leis, como o Estatuto da Criança e do Adolescente. Por tudo isso, podemos perceber que é imperativa a proteção desses seres.

E, também, por isso, deve se admitir que eles possam sofrer dano morais no ambiente familiar, inclusive dos seus pais; e que a compensação por tal dano se faz necessário, posto que é um meio que, além de alcançar as funções da responsabilidade civil – compensação da vítima, punição do ofensor e desmotivação social –, traz, da mesma forma, justiça para essas pessoas vulneráveis que sofrem atos lesivos daqueles que teriam a obrigação de lhes defender, educar, sustentar, entre outros deveres dos pais.

A maior parte da doutrina ainda acredita que alguns efeitos jurídicos impostos para o pai ou a mãe que causar dano moral ao seu filho, como o dever de prestar alimentos; perda do poder familiar e da guarda dos filhos, seriam suficientes para “resolver” os eventuais descuidos dos pais, mas tais medidas se mostram incapazes de realmente reparar os danos morais sofridos pela vítima em alguns caso, já que pode acontecer de, apesar de tais medidas, continuar-se a ferir os direitos personalíssimos do filho. Inclusive, registra-se que, segundo Barros Monteiro num recurso do STJ sobre abandono afetivo, o pai só estaria desobrigado a compensar a vítima, seu filho, se comprovasse a existência de motivo maior para o abandono.

O outro ponto que abordamos foi como se mensurar o dano moral sofrido nas relações familiares, especialmente analisando a relação entre

filho e pais, para isso nos socorremos do dano moral de forma genérica, e, assim, chegamos à conclusão de que o dano moral também para ser quantificado nessa relação específica, além do que já foi enumerado, deve se levar em consideração a prostração sofrida pelo filho, o tempo que isso demoraria para findar, se for o caso, ou, da mesma forma, reconhecer-se a irreparabilidade do dano no tempo, e, também, o poder aquisitivo do pai, posto que uma das funções da responsabilidade civil é a punição da vítima, dentre outras.

Por todos os argumentos e conceitos expostos neste trabalho, concluímos que a compensação por dano moral sofrido pelo filho por ato de um dos seus pais ou ambos é possível e tem-se, sim, como mensurá-la.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Associação de Pais e Mães Separados. **Dano moral**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/83007-danomoral.htm>>. Acessado em: Out. de 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa, 5 out de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília.

BRASIL. SAP. **O que é alienação parental**. Disponível em: <<http://www.alienacao-parental.com.br/o-que-e>> Acessado em: Out. 2010.

CALHEIRA, Luana Silva. **Os princípios do direito de família na Constituição Federal de 1988 e a importância aplicada do afeto**: o afeto é juridicizado através dos princípios? Uberaba, MG: Boletim Jurídico.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: MALHEIROS, 2003.

CURY, Munir Coord.. **Estatuto da criança e do adolescente**, comentários jurídicos e sociais. 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008.

DE PAULA, Alexandre Sturion. **Dano moral**: um prisma de sua admissão e da aferição de seu *quantum* sob a ótica da conotação sancionatória. Revista Eletrônica *Jus Navegandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?=5026>>. Acessado em: Set. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Edição revista, atualizada e ampliada-2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. V 5. Direito de família.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 4 ed. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. III Responsabilidade civil.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações**: parte especial – responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2008. Coleção Sinopses jurídicas. v 6.

GONÇALVES, Edvaldo de Sapia. O dano moral nas relações familiares. Disponível em: <http://www.correioforense.com.br/interna/ox/dano/id/713/titulo/o_dano_moral_nas_relacoes_familiares.html>. Acessado em: Set. 2010.

KOVALSKI, Keila. **Filiação socioafetiva**: a desbiologização das relações de família (2007). Centro de Ensino superior dos Campos Gerais – Faculdade de Direito. Monografia. 53 fls..

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 3 ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – responsabilidade civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v 4.

BRASIL. SAP. **O que é alienação parental**. Disponível em: <<http://www.alienacao-parental.com.br/o-que-e>> Acessado em: Out. 2010.

SILVA, Cícero Camargo. **Aspectos relevantes do dano moral**. Jus Vigilantibus, 2010. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/374>>. Acessado em: Set. 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, contratos em espécie e responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001.

SILVA, Cícero Camargo. **Aspectos relevantes do dano moral**. Jus Vigilantibus, 2010.

NOTAS:

[1] CALHEIRA, Luana Silva. **Os princípios do direito de família na Constituição Federal de 1988 e a importância aplicada do afeto**: o afeto é juridicizado através dos princípios? Uberaba, MG: Boletim Jurídico.

[2] MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007, p. 802-803.

[3] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. V 5. Direito de família, p. 11.

[4] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família, uma abordagem psicanalítica**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.121.

[5] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Edição revista, atualizada e ampliada-2009, p. 34.

[6] TOURINHO, Arx *apud* MORAIS, 2007, p.802.

[7] BOEIRA apud KOVALSKI, Keila. **Filiação socioafetiva: a desbiologização das relações de família** (2007). Centro de Ensino superior dos Campos Gerais – Faculdade de Direito. Monografia. 53 fls..

[8] DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008, p. 13.

[9] BRASIL. Constituição da República Federativa, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, n. 191-A. Capítulo VII, art. 226, *caput*.

[10] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 3 ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2003, p. 14.

[11] DE FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 02.

[12] DIAS, 2004, p. 42.

[13] DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008, p. 2.

[14] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 3 ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2003, p. 117.

[15] Id., 2003, p. 126.

[16] PEREIRA, 2003, p. 114.

[17] Id., 2003, p. 127.

[18] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 4 ed. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v. III Responsabilidade civil, p. 36.

[19] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações: Parte especial – responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 88-89.

[20] MORAIS, 2007, p. 29-30.

[21] STOCCO, Rui, 1995. p. 444 *apud* MORAIS, 2007, p. 45.

[22] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações: parte especial – responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2008. Coleção Sinopses jurídicas. v 6, p. 89-90.

[23] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 24.

[24] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 28.

[25] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, contratos em espécie e responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001, p. 517.

[26] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 101 et seq.

[27] Id. p. 39-40.

[28] RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil – responsabilidade civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v 4.

[29] Id., p. 186.

[30] SILVA, Cícero Camargo. **Aspectos relevantes do dano moral**. Jus Vigilantibus: 2010.

[31] SILVA, Cícero Camargo. **Aspectos relevantes do dano moral**. Jus Vigilantibus: 2010.

[32] SILVA, Cícero Camargo. **Aspectos relevantes do dano moral**. Jus Vigilantibus, 2010.

[33] CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: MALHEIROS, 2003, p. 99.

[34] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 3 ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2003, p. 6.

[35] DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008, p. 75.

[36] DE FARIAS; ROSENVALD. 2008, p. 75.

[37] GONÇALVES, Edvaldo de Sapia. O dano moral nas relações familiares. Disponível em:

<http://www.correioforense.com.br/interna/ox/dano/id/713/titulo/o_dano_moral_nas_relacoes_familiares.html>. Acessado em: Set. 2010.

[38] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Edição revista, atualizada e ampliada-2009, p. 115.

[39] GONÇALVES, Edvaldo de Sapia. O dano moral nas relações familiares. Disponível em: <http://www.correioforense.com.br/interna/ox/dano/id/713/titulo/o_dano_moral_nas_relacoes_familiares.html>. Acessado em: Set. 2010.

[40] BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília. Capítulo II, arts. 3º, 15 e 17.

[41] CURY, Munir Coord.. **Estatuto da criança e do adolescente**, comentários jurídicos e sociais. 7 ed. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 88.

[42] STURION, Alexandre *apud* GONÇALVES, Edvaldo de Sapia. O dano moral nas relações familiares. Disponível em: <http://www.correioforense.com.br/interna/ox/dano/id/713/titulo/o_dano_moral_nas_relacoes_familiares.html>. Acessado em: Set. 2010.

[43] DE PAULA, Alexandre Sturion. **Dano moral**: um *prima* de sua admissão e da aferição de seu *quantum* sob a ótica da conotação sancionatória. Revista Eletrônica *Jus Navegandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5026>>. Acessado em: Set. 2010.

[44] Associação de Pais e Mães Separados. **Dano moral**. Disponível em: <<http://www.apase.org.br/83007-danomoral.htm>>. Acessado em: Out. 2010.

[45] SAP. **O que é alienação parental**. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e>> Acessado em: Out. 2010.

[46] DE AZEVEDO, Antonio Junqueira *apud* GONÇALVES, Edvaldo de Sapia. O dano moral nas relações familiares. Disponível em: <http://www.correioforense.com.br/interna/ox/dano/id/713/titulo/o_dano_moral_nas_relacoes_familiares.html>. Acessado em: Set. 2010.

A RESPONSABILIDADE CIVIL E O COMÉRCIO ELETRÔNICO

MARIANA ANTUNES VIEIRA:

Bacharela em Direito pelo Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais Prof. Camillo Filho (ICF).

RESUMO: A internet se tornou ferramenta básica para o ser humano, fundamental para as sociedades modernas. Com a evolução da rede mundial de computadores, a internet ultrapassou os limites da comunicação e da pesquisa e passou a ser utilizada como facilitadora de relações comerciais, nascendo assim uma nova espécie de comércio, o e-commerce. Aliada às inúmeras vantagens trazidas pelo comércio eletrônico, há também desvantagens, como a maior vulnerabilidade do consumidor em um ambiente propício a fraudes. Diante desse contexto, surgem as questões centrais do presente trabalho, qual sejam, como ocorre a responsabilização civil por danos derivados da relação de comércio eletrônico? O site intermediador responde por danos causados aos seus usuários? Qual a legislação aplicável às relações de comércio eletrônico internacional? O presente artigo tem, portanto, objetivo principal de responder a tais questionamentos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Comércio eletrônico. Direito do Consumidor. Relação de Consumo. Site intermediador.

1. INTRODUÇÃO

Desde o surgimento das sociedades há a imensa necessidade de realização de trocas comerciais. Com o passar do tempo, inúmeras facilidades foram se apresentando, contribuindo para um comércio mais simples, fácil e rápido. A internet, que inicialmente era utilizada como fonte de pesquisa e meio de comunicação, passou a possibilitar também a realização de compras e vendas virtuais, configurando-se o e-commerce.

Esta modalidade de comércio é sujeita a inúmeros tipos de fraude, o que pode resultar em prejuízos e lesões para as partes envolvidas,

principalmente para o consumidor, que na relação de consumo é marcado por uma grande vulnerabilidade.

O presente artigo se propõe a esclarecer as principais questões a respeito da responsabilidade civil dos envolvidos no comércio eletrônico. Para isso, discutir-se-á em um primeiro momento sobre o que é a internet e o comércio eletrônico, elucidando quais as regras aplicadas na compra e venda virtual.

Em um segundo momento tratar-se-á especificamente sobre o Código de Defesa de Consumidor, elucidando os conceitos de consumidor e fornecedor e concluindo se aqueles que compram e vendem por meio virtual enquadram-se nesses conceitos.

Argumentar-se-á, em um terceiro momento, a respeito da responsabilidade civil, fazendo um paralelo sobre a adotada pelo Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. Neste ponto, será também discutida a responsabilidade civil de sites intermediadores.

Finalmente, dispor-se-á sobre o comércio eletrônico internacional, enfatizando-se a legislação aplicável em situações de danos sofridos nesse meio. Além disso, para fundamentar o presente estudo, serão exibidas decisões jurisprudenciais a respeito do tema em questão.

2. INTERNET

A internet surgiu a partir de pesquisas militares no auge da Guerra Fria, quando por iniciativa do governo americano, pesquisadores dos EUA foram incumbidos de projetar um sistema informatizado de defesa que fosse capaz de resistir a um ataque inimigo. A solução encontrada foi um sistema baseado em uma rede de computadores, capaz de continuar em operação mesmo quando um ou mais computadores fossem destruídos.

No Brasil, a internet inicialmente tinha seu acesso restrito a professores e funcionários de universidades e instituições de pesquisas. Entretanto, na década de 90 teve início o processo de divulgação dos benefícios da internet entre os estudantes e empresas privadas, sendo liberada sua operação comercial no ano de 1995.

Segundo o Ibope Media, o Brasil ocupa a terceira posição em quantidade de usuários ativos na internet, tendo 52,5 milhões de usuários. No primeiro e segundo lugar estão Estados Unidos, com 198 milhões de usuários, e Japão, com 60 milhões. A expectativa é de que o Brasil seja o quarto país mais conectado, ultrapassando o Japão, o que demonstra a disseminação do acesso à internet, de modo que a mesma se apresenta hoje como o principal meio de comunicação da atualidade, além de ser amplamente utilizada como fonte de pesquisas.

Todavia, essa rede mundial de computadores ultrapassou os limites da comunicação e da pesquisa e começou a ser utilizada como facilitadora de relações comerciais, criando uma nova espécie de comércio, o e-commerce.

3. COMÉRCIO ELETRÔNICO

O comércio consiste na troca voluntária de produtos, de mercadorias, e está presente na sociedade há muito tempo. Inicialmente ele era realizado através da troca direta de produtos de valores reconhecidamente diversos, no qual cada integrante da relação de consumo valorizava mais o produto do outro. Já na atualidade, as trocas comerciais são efetivadas utilizando-se o dinheiro como meio indireto, o que facilitou a realização de compras e vendas.

Com toda a evolução tecnológica vivenciada nos últimos tempos, em especial a disseminação do acesso à internet, desenvolveu-se com bastante força uma nova modalidade de comércio, o comércio eletrônico, que traz inúmeras facilidades, entre elas o fato das partes não precisarem estar fisicamente presentes para realizar a compra e venda.

De acordo com o conceito trazido pelo sítio eletrônico ecommercenews.com.br (2015) "o comércio eletrônico ou e-commerce é uma modalidade de comércio que realiza suas transações financeiras por meio de dispositivos e plataformas eletrônicas, como computadores e celulares". Em palavras mais simples, o comércio eletrônico é aquele realizado pelo meio virtual.

É fácil notar que a compra e venda virtual deixa o consumidor em uma situação na qual a sua vulnerabilidade é ressaltada. Isso porque, o contato físico entre consumidor e fornecedor não acontece, não tendo como verificar a veracidade da oferta do produto ou serviço.

Além disso, a facilidade de concluir a compra com apenas um clique acaba por fazer o consumidor agir por impulso, adquirindo produtos que não necessita e sem realizar uma prévia pesquisa de mercado. Dessa maneira, são muito comuns situações em que o consumidor se sente lesado, sendo necessário determinar qual aparato jurídico ele pode utilizar para se defender.

3.1 AS REGRAS DE COMPRA E VENDA VIRTUAL

Diante do aumento do número de compras e vendas realizadas virtualmente, o Brasil editou o decreto número 7.962, em 15 de março de 2013, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Este decreto complementa o Código de Defesa do Consumidor e o ordenamento jurídico pátrio, que não traz regras de proteção específicas para esse tipo de comércio.

É importante ressaltar que o não cumprimento de alguma norma contida no decreto pelo e-commerce pode resultar nas penalidades que são aplicadas pelo Código de Defesa do Consumidor aos estabelecimentos comerciais físicos.

Isso demonstra que o comércio eletrônico configura uma relação de consumo, mesmo tendo características próprias. Logo, nas situações em que a compra e venda virtual resulta em danos ao consumidor, surge possibilidade de responsabilização civil do fornecedor.

Dentre as regras contidas no decreto, observa-se a grande ênfase que se faz a respeito da responsabilidade do fornecedor em disponibilizar informações claras e precisas a respeito do produto ofertado, dos prazos para reclamações e das medidas a serem tomadas em caso de erro.

Além disso, no artigo 5º do mesmo dispositivo determina-se a grande importância do fornecedor informar devidamente o consumidor a

respeito do seu direito de arrependimento. É fato que os sites de e-commerce, em sua grande maioria, não informam de forma clara e ostensiva a possibilidade de arrependimento do consumidor, o que já configura uma grande falha do fornecedor e a possibilidade da devida responsabilização civil.

Recorda-se que o artigo 49 do CDC determina como prazo de desistência sete dias a contar da assinatura do ato ou do recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação ocorrer fora do estabelecimento comercial, como por exemplo nas contratações feitas por internet.

Segundo Nunes (2015, p.721) :

O consumidor está garantido de sempre que a compra se der fora do estabelecimento comercial, nos vários sistemas de vendas existentes. Nesse tipo de aquisição o pressuposto é que o consumidor está ainda mais desprevenido e despreparado para comprar do que quando decide pela compra e, ao tomar a iniciativa de fazê-la, vai até o estabelecimento.

Não é difícil perceber que como o risco do empreendimento é do fornecedor, todos os custos com a devolução do produto ou serviço são de responsabilidade exclusiva dele.

Apesar de não ter uma legislação específica tutelando o comércio eletrônico no ordenamento jurídico brasileiro, o consumidor que realiza uma compra pelo meio virtual não estará desamparado caso sofra um dano na relação de consumo. Isso porque, como se verá a seguir, é possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que é uma norma protetiva e extremamente benéfica ao consumidor.

4. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

4.1. O CONCEITO DE CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor traz definições bem abrangentes a respeito de consumidor, fornecedor, produtos e serviços. Para o presente artigo se faz necessário analisar tais conceitos a fim de se concluir pela caracterização da e-commerce como uma real relação de consumo.

No artigo 2º do dispositivo acima citado, define-se consumidor como:

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Assim, aquele que adquire produtos por meio do comércio eletrônico será considerado consumidor quando for destinatário final, ou seja, analisando com base na teoria finalista seria aquele que é destinatário fático e econômico do produto ou serviço, não podendo utilizar o produto com fins lucrativos, e com base na teoria maximalista seria qualquer destinatário fático, independentemente de utilizar o produto com fins lucrativos e econômicos. Lembra-se que a jurisprudência e doutrina majoritárias adotam preferencialmente a teoria finalista.

Equipara-se também a consumidor, segundo o artigo 17 do CDC, todas as vítimas do evento, ou seja, todos aqueles que foram lesados por um acidente de consumo (fato do produto ou serviço), de modo que esses terão igualmente direito de ressarcimento pelos danos sofridos.

Logo, quando um produto vendido por meio eletrônico gerar um acidente de consumo, será considerado consumidor também aquele que foi vítima do acidente, mesmo não sendo proprietário ou usuário do produto. Essa possibilidade de equiparação de consumidores aumenta a quantidade de pessoas que podem pleitear uma indenização por danos causados por uma relação de comércio eletrônico.

4.2. CONCEITO DE FORNECEDOR

O Código de Defesa do Consumidor em relação a definição de fornecedor foi consideravelmente mais abrangente, elucidando em seu artigo 3º que :

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos e prestação de serviços.

Lages (2015, p.27), expõe que “essa noção de fornecedor passa pela mesma ideia de empresário, ou seja, alguém que detém os meios de produção e, por isso, disponibiliza produtos e serviços no mercado de consumo”. Assim, aquele que disponibiliza produtos e serviços no meio virtual é claramente considerado fornecedor.

Fica evidente que a relação entre a empresa que oferece o produto virtualmente e aquele que o compra é qualificada como relação de consumo, sendo este o consumidor e aquele o fornecedor, podendo ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor para proteger e tutelar a atividade comercial entre eles.

Não obstante observar que a relação em voga, justamente por ser realizada fora do estabelecimento comercial, sem um contato direto entre fornecedor e consumidor, faz com que a vulnerabilidade inerente a todo e qualquer consumidor, fique ainda mais forte, uma vez que ele baseia seu convencimento apenas em propostas, ofertas e promessas de produtos que não tem como analisar fisicamente, o que o torna ainda mais suscetível de sofrer danos e de ter a necessidade de responsabilizar civilmente o vendedor.

Em relação a essas ofertas e promessas, Lages (2015, p.231) afirma que “mesmo não havendo menção expressa ao comércio eletrônico, via interpretação teleológica é possível aplicar-se o artigo 33 ao referido comércio”. O artigo citado expõe que “em caso de oferta ou venda por

telefone ou reembolso postal, deve constar o nome do fabricante e endereço na embalagem, publicidade e em todos os impressos utilizados na transação comercial". Ou seja, a possibilidade de aplicação do artigo 33 do CDC ao comércio eletrônico demonstra a prioridade em se preservar o consumidor que está tão distante do produto ofertado.

5. A RESPONSABILIDADE CIVIL

Com o avanço das sociedades as interações humanas começaram a se tornar cada vez mais frequentes. Uma vez se relacionando com outras pessoas, a possibilidade de tal ligação resultar em danos à alguma das partes é considerável. Não obstante alegar que praticamente todos os atos humanos acabam por invadir o campo da responsabilidade.

O ato humano gerador de dano pode ensejar uma responsabilidade tanto no âmbito penal quanto no âmbito civil. O presente artigo debruçar-se-á na análise da responsabilidade civil por danos ocasionados nas relações de comércio eletrônico.

De acordo com entendimento trazido por Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.54):

A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola a norma jurídica preexistente(legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)[...] A responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando-se, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária a vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas.

Nesse sentido, quando um dano é causado na esfera cível, surge a possibilidade de uma responsabilização civil, pressupondo-se o dever de reparar o lesado e o direito dele ter sua lesão reparada, visando restituí-lo ao estado *quo ante*, ou pelo menos minimizar os prejuízos suportados, melhorando sua situação através do ressarcimento pecuniário.

O atual Código Civil disciplina a responsabilidade civil em seus artigos 927 e seguintes, em um título próprio, denominado “da Responsabilidade Civil”.

O artigo 927 do dispositivo supracitado traz sintaticamente que a responsabilidade civil será apurada mediante a comprovação de culpa do autor do dano (responsabilidade subjetiva), salvo nos casos em que a lei expressamente prevê que a responsabilidade se dará independentemente de comprovação de culpa ou quando a atividade desenvolvida colocar em risco a sociedade (responsabilidade objetiva).

A responsabilidade civil subjetiva, adotada como regra pelo Código Civil de 2002, é aquela que tem como fundamento a culpa em sentido amplo, ou seja, é a que exige a comprovação de um ato intencional, negligente, imprudente ou imperito como causador do dano.

Já a responsabilidade civil objetiva, adotada excepcionalmente pelo Código Civil de 2002, tem como fundamento o risco, não sendo necessária a comprovação de culpa do provocador do dano. Essa responsabilidade objetiva surgiu diante do grande número de pedidos indenizatórios nos quais a parte lesada não conseguia comprovar a culpa do outro, então, como o grande objetivo de uma reparação civil é melhorar a situação da vítima, começou a ser aceita em determinadas situações a responsabilização sem comprovação de culpa.

É importante ressaltar que a responsabilidade civil pode ser desmembrada em três elementos essenciais, de modo que só se pode falar nela quando estiverem simultaneamente presentes a conduta humana, o nexo causal e o dano.

A partir de uma simples análise do artigo 186 do Código Civil que determina que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, é possível extrair os elementos configuradores da responsabilidade civil.

6. A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXII, determina que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Diante desta determinação constitucional, uma lei especial de proteção ao consumidor foi desenvolvida, entrando em vigor em 1990 o Código de Defesa do Consumidor.

Este Código passou a reger todas as relações de consumo, sendo aplicado com prioridade em detrimento do Código Civil, uma vez que se trata de uma norma especial, devendo-se observar o princípio da especialidade.

Sendo desenvolvido a partir de uma forte necessidade de uma legislação protetiva do vulnerável da relação consumerista, o consumidor, o Código de Defesa do Consumidor traz inúmeros dispositivos que protegem e beneficiam esta parte da relação.

Tentando melhorar a situação do consumidor, o CDC trouxe como regra geral de responsabilização civil nas relações de consumo a responsabilidade objetiva, ou seja, não há necessidade de comprovação de culpa do fornecedor, salvo em casos excepcionais em que este Código determina uma responsabilização subjetiva, como quando o fornecedor do serviço é um profissional liberal.

De acordo com Cavaliere (2012, p.18):

A responsabilidade estabelecida no Código de Defesa do Consumidor é objetiva, fundada no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, razão pela qual não seria também demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva.

Isto posto, uma vez configurado um dano em uma relação de comércio eletrônico, o consumidor poderá acionar o judiciário visando uma

reparação civil pelo dano sofrido, e a responsabilização do fornecedor se dará objetivamente, ou seja, independerá de comprovação de culpa.

Destarte, constata-se que o Código de Defesa do Consumidor disciplina a matéria de responsabilidade civil de forma contrária ao Código Civil de 2002. Isso porque, enquanto este determina como regra a responsabilidade subjetiva e como exceção a objetiva, aquele adota de forma contrária, sendo a regra a responsabilidade objetiva e a exceção a subjetiva.

6.1. A RESPONSABILIDADE PELO FATO OU VÍCIO DO PRODUTO

Para a adequada delimitação da responsabilidade civil no âmbito das relações consumeristas, em especial na relação de e-commerce, é primordial fazer a diferenciação entre vício e fato do produto ou serviço.

O vício consiste em uma falha no dever de adequação, de modo que o produto apresenta um mau ou não funcionamento, o que diminui a sua qualidade ou quantidade e acaba por causar um dano de natureza patrimonial ao consumidor.

Já o fato do produto ou serviço é conhecido também como acidente de consumo, e consiste na exteriorização do vício do produto, ocorrendo uma quebra no dever de segurança, ocasionando um dano efetivo à vida, saúde e segurança do consumidor.

A responsabilização por fato do produto ou serviço está prevista nos artigos 12 a 17 do Código de Defesa do Consumidor, enquanto que a responsabilização por vício do produto ou serviço está nos artigos 18 a 25 do mesmo dispositivo.

Frente uma análise desses artigos, fica claro que a regra de responsabilização por fato e vício de produtos e serviços é a da responsabilidade objetiva e solidária entre todos os fornecedores, salvo a do comerciante quando se tratar de fatos do produto, que nessa situação será subsidiária. Isso porque, o comerciante não participa da linha de produção

do produto, assim, não seria correto responsabilizá-lo por algo que não poderia ser evitado por ele.

6.2. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR

O artigo 12, § 3º, CDC, expressa um rol de excludentes de responsabilidade civil do fornecedor. Desta maneira, uma vez conseguindo comprovar que não colocou o produto no mercado, que, embora tenha colocado o produto, o defeito inexiste ou que a culpa pelo dano ocorrido é exclusiva do consumidor ou de terceiro, o fornecedor não terá que indenizar o consumidor pelos prejuízos sofridos.

A doutrina diverge a respeito da taxatividade ou não taxatividade desse rol de excludentes. Todavia, a doutrina majoritária concorda com a não taxatividade, uma vez que ocorrendo fatos imprevisíveis e inevitáveis (caso fortuito ou força maior) que acabem por gerar danos ao consumidor, não deverá ocorrer a responsabilização do fornecedor, pois a imprevisibilidade e inevitabilidade extrapolam o limite do controlável, sendo impossível evitar o dano.

7. A RESPONSABILIDADE CIVIL DE SITES INTERMEDIADORES

É muito comum, no contexto do e-commerce, a atuação de sites intermediadores, que se intitulam como meros aproximadores dos consumidores e fornecedores, facilitando a compra e venda virtual. Um site intermediador muito utilizado pelos brasileiros em suas negociações é o Mercado Livre.

De acordo com o conceito trazido pelo site [wikipedia.org](http://pt.wikipedia.org) (2015) “o Mercado Livre é uma empresa de tecnologia que oferece soluções de comércio eletrônico para que pessoas e empresas possam comprar, vender, pagar, anunciar e enviar produtos por meio da Internet”, ou seja, ele atua possibilitando a compra e venda virtual em sua totalidade e em troca auferir lucro com a sua utilização como intermediador.

Percebe-se que o site ocupa uma posição de intermediador, auxiliando tanto os consumidores quanto os fornecedores para que a relação de consumo seja efetivada.

Esses sites intermediadores, em tese, geram uma maior segurança aos consumidores e fornecedores, por se tratarem de sítios eletrônicos que submetem seus usuários à um processo mais burocrático de efetivação de cadastros.

Entretanto, mesmo com os benefícios trazidos por esses tipos de site, são comuns as situações em que consumidores se acham lesados, enfrentando prejuízos como a não entrega dos produtos adquiridos ou o recebimento de algo diverso do ofertado, a demora e até mesmo a entrega de produtos ou serviços com vícios de qualidade ou quantidade.

Isto posto, é importante averiguar se a empresa intermediadora terá alguma responsabilidade por tais inconvenientes, e caso a resposta seja positiva, como se dará a responsabilização.

Nos termos e condições gerais de uso do site Mercado Livre, é determinado que:

O Mercado Livre não é fornecedor de quaisquer produtos ou serviços anunciados no site [...] O Mercado Livre não se responsabiliza, por conseguinte, pela existência, quantidade, qualidade, estado, integridade ou legitimidade dos produtos oferecidos, adquiridos ou alienados pelos Usuários, assim como pela capacidade para contratar dos Usuários ou pela veracidade dos dados pessoais por eles inseridos em seus cadastros.

O termo tenta eximir o site de qualquer responsabilidade civil, no entanto, por se tratar de um contrato de adesão (os contratos eletrônicos interativos são contratos de adesão) não pode trazer cláusulas restritivas ou exclusivas de direito.

O próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 25 determina que é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar por vícios e fatos dos produtos ou serviços, sendo inadmissíveis as cláusulas que afirmam a

não responsabilização do sítio eletrônico intermediador. Assim, fica evidente que a cláusula retratada não é válida, não tendo nenhuma aplicabilidade prática.

É fácil perceber que os sites intermediadores, como o Mercado Livre, se enquadram perfeitamente no conceito de fornecedor de serviços e os seus usuários no de consumidores, ficando sujeitos às regras do CDC quanto à responsabilização pelos serviços prestados.

Neste seguimento, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco:

PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA LEVADA AO COLEGIADO. SUPERAÇÃO DE EVENTUAIS NULIDADES. NA ORIGEM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPRA E VENDA PELA INTERNET-RESPONSABILIDADE DA EMPRESA INTERMEDIADORA DANO MATERIAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. 1. O STJ entende de forma iterativa que eventual incorreta aplicação do art. 557 do CPC, resta sanada pelo julgamento colegiado. 2. A presente hipótese trata-se de responsabilidade civil objetiva, vez que a responsabilidade pela segurança das operações negociais (compra e venda em meio eletrônico), ainda que a prestação do serviço seja a disponibilização de espaço virtual em site para tais transações. 3. Mercado Livre uma empresa que auferir lucros com as vendas realizadas em seu sítio, está ela submetida ao risco do empreendimento, possuindo, pois, o dever de responder pelos vícios e defeitos decorrentes da prestação do serviço[...] (TJ-PE - AGV: 3632397 PE , Relator: Josué Antônio Fonseca de Sena, Data de Julgamento: 17/03/2015, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 24/03/2015).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também decidiu pela responsabilidade do site intermediador no caso de produto não entregue, como se observa na seguinte decisão:

RECURSO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPRA E VENDA PELA INTERNET "MERCADO LIVRE" VIA MERCADO PAGO. PRODUTO NÃO ENTREGUE. RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS INTERMEDIADORAS DAS NEGOCIAÇÕES. RISCO DA ATIVIDADE. DIREITO À RESTITUIÇÃO DO VALOR ADIMPLIDO PELO PRODUTO NÃO RECEBIDO. DESCONSTITUIÇÃO DOS DÉBITOS CONTRAÍDOS EM NOME DO CONSUMIDOR. DANOS MORAIS INOCORRENTES. MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71005028485, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Silvia Muradas Fiori, Julgado em 11/09/2014)

(TJ-RS - Recurso Cível: 71005028485 RS , Relator: Silvia Muradas Fiori, Data de Julgamento: 11/09/2014, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/09/2014).

Com tudo isso, é evidente que o posicionamento majoritário recentemente adotado pelos tribunais superiores consiste em afirmar a legitimidade passiva dos sites intermediadores em ações de indenização por danos sofridos pelo consumidor, uma vez que são fornecedores de serviço, respondendo objetivamente segundo o Código de Defesa do Consumidor.

8. O COMÉRCIO ELETRÔNICO INTERNACIONAL

Como já explanado no presente artigo, as relações de comércio eletrônico que tem como parte consumidores e fornecedores brasileiros

estão sujeitas às regras e princípios aplicáveis aos demais contratos celebrados no Brasil.

Todavia, é completamente possível que uma das partes ou o próprio site intermediador seja estrangeiro, o que gera uma dúvida a respeito de qual legislação deverá ser aplicada em caso de lesões resultantes da relação de consumo.

Segundo Gonçalves (2014,p.114):

O contrato de consumo eletrônico internacional obedece ao disposto no art.9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, atualmente denominada "Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro"(Lei n.12.376, de 30 de dezembro de 2010), que determina a aplicação, à hipótese, da lei do domicílio do proponente. Por essa razão, se um brasileiro faz a aquisição de algum produto oferecido pela Internet por empresa estrangeira, o contrato então celebrado rege-se pelas leis do país do contratante que fez a oferta ou proposta.

Logo, o consumidor brasileiro deve atentar para o domicílio do ofertante, uma vez que este local irá determinar qual legislação será aplicada na relação de consumo. Então, nas situações que o ofertante for estrangeiro, o consumidor brasileiro não estará sujeito às normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor pátrio, o que lhe pode ser bastante prejudicial.

Isso porque, a legislação a ser aplicada pode não ser tão benéfica ao consumidor quanto o CDC é, e pode até mesmo nem existir uma legislação específica para tutelar as relações de consumo.

Dessa maneira, o consumidor brasileiro, ao realizar compras virtuais em sites internacionais, pode estar adentrando em uma relação de comércio na qual seus direitos estarão obscuros, sendo necessário uma prévia e cuidadosa análise da legislação do país com o qual contrata, para que se possa evitar problemas e dificuldades futuras.

9. CONCLUSÃO

Com o presente artigo evidenciou-se que a evolução da internet contribuiu inovando as relações de consumo com uma modalidade específica de comércio, o e-commerce. Esse comércio, além de fácil e rápido, podendo ter compras efetivadas com apenas um clique, apresenta também inúmeros pontos negativos, exatamente por não sujeitar suas partes à um contato físico, o que propicia um ambiente extremamente sujeito à fraudes.

Dessa forma, os consumidores e fornecedores que compõe a relação de compra e venda virtual estão a todo momento sujeitos à lesões. Uma vez configurados danos à alguma dessas partes, deve-se aplicar as regras do Código de Defesa do Consumidor, como já explanado no tópico seis do presente estudo.

Nas hipóteses em que a relação de consumo aqui tratada envolver um site intermediador, este também será responsabilizado, independentemente do que é contratualmente determinado, pois é um fornecedor de serviços que auferir lucro com a intermediação, sendo aplicadas as regras do Código de Defesa do Consumidor.

O presente artigo remata, finalmente, a ideia de que é preciso observar se a relação de consumo envolve um fornecedor estrangeiro, pois, uma vez o tendo, não serão aplicadas as regras do direito brasileiro, e sim as do domicílio do ofertante. Assim, nenhuma das garantias protetivas ao consumidor, disciplinadas pelo CDC, serão aplicáveis à relação de comércio eletrônico internacional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agravo nº 3632397 PE. **Tribunal de Justiça**. Relator: Josué Antônio Fonseca de Sena. Julgado em 17 de março de 2015. Disponível em: <<http://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/176667783/agravo-agv-3632397-pe>>. Acesso em 04 de nov. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Decreto nº 7962, de 15 de março de 2013. **Decreto no 7962**. Brasília, DF, 15 mar. 2013.

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 1990.

BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. Recurso Cível nº 71005028485 RS. **Tribunal de Justiça**. Relator: Min. Silvia Muradas Fiori. Julgado em 11 de jan de 2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139210009/recurso-civel-7100-71005028485-rs>>. Acesso em 02 de nov. de 2015.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paul: Atlas, 2012.

E-COMMERCE. Disponível em: . Acesso em 25 set. de 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

IBOPE MÉDIA. Disponível em: < <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Brasil-e-o-terceiro-pais-em-numero-de-usuarios-ativos-na-internet.aspx>>. Acesso em: 28 de out. de 2015.

LAGES, Leandro Cardoso. **Direito do Consumidor: A lei, a jurisprudência e o cotidiano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 453 p.

MERCADO LIVRE. Disponível em: <http://contato.mercadolivre.com.br/ajuda/Termos-e-condicoes-gerais-de-uso_1409>. Acesso em: 05 de nov. de 2015.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 936.

A INTERPRETAÇÃO DAS LACUNAS NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

MATHEUS BARBOSA MELO: Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Coimbra em parceria com o IBCCRIM.

RESUMO: O presente artigo, através da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 12.376/2010, busca fazer um panorama entre a teoria geral do direito dos meios de integração, o preenchimento, de lacunas e sua atuação no Direito Penal. Primeiro, devemos traçar as orientações dentro da perspectiva da teoria geral quanto às lacunas e suas soluções. Segundo, vamos utilizar toda a base criada no tópico anterior, relacionando-o com as matérias penais. Após fazermos essa correlação, proveremos o posicionamento sobre a matéria. O objetivo, portanto, é analisar como a analogia, os costumes, os princípios gerais do direito e a equidade se comportam perante as matérias de direito material e processual em matéria penal em face ao sistema penal editado, ao demonstrar que a diferenciação entre direito material e processual tem implicações quanto às opções dos meios integrativos.

Palavras-chave: Teoria geral do direito; Lacuna; Direito penal; Métodos integrativos

Introdução

Embora o direito não seja um sistema jurídico, mas sim uma realidade, é importante compreender a realidade do direito de modo sistemático, já que a apresentação de modo sistema facilita o conhecimento e manejo pela criação dos métodos que se aplicam. [1]

Assim sendo, convém ao jurista enxergar o direito sob uma perspectiva dinâmica. Isto porque, sendo a realidade social e o direito duas

faces de uma mesma moeda, este último deve sempre acompanhar as relações humanas, “modificando-se e adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida”[2].

Hodiernamente, o direito – visto como objeto científico de análise – é mutável de acordo com as transformações sociais correntes, por corolário, não é, necessariamente, o mesmo de ontem, nem tampouco será o direito de amanhã. Desta forma, o direito se “modifica e se adapta às novas exigências e necessidades da vida”[3], mesmo porque a realidade traz consigo novos fatos e novos conflitos, que provocam, nos legisladores, o ímpeto da criação legislativa, e, nos juízes, o surgimento de novos precedentes, com base nas alterações de pensamento sobre o ordenamento jurídico, sendo aproveitadas as margens interpretativas da lei.

Não obstante Hans Kelsen tenha proposto que o direito fosse estudado pela ciência do direito apenas sob o aspecto normativo, é indubitável que este famoso jurista não negava que nele coexistem os aspectos valorativos e fáticos, tal como propõe Miguel Reale em sua teoria tridimensional (fato, valor e norma)[4].

Estando o direito sujeito a constantes mudanças, sejam legislativas ou sociais, é imperioso admitir que os elementos do sistema jurídico devem ser coerentes entre si e, portanto, interdependentes, podendo sofrer com alguma incongruência ou dificuldade na medida em que, poder-se-á revelar a presença de antinomias ou lacunas jurídicas, sendo estas representadas por um estado de incompletude do sistema, enquanto àquela um conflito entre normas do próprio sistema.

Dentro desse panorama, o presente trabalho busca analisar o comportamento da lei penal em face aos métodos integrativos dispostos na lei de introdução às normas do Direito Brasileiro, em face às lacunas e seus métodos integrativos.

1. As lacunas.

De início, é importante saber o que é e se, de fato, existem lacunas no Direito. A essa questão, relaciona-se a própria noção concepção de direito, vez que a questão fundamental está em aferir se o ordenamento é uma ordem ilimitada ou não[5]. Assim, a divisão da ciência do direito acerca da existência ou não de lacunas está diretamente relacionada ao “problema lógico da completude ou da incompletude do sistema”[6]. Daí, então,

podemos ver o referido problema através de dois lados diversos. Se, de um lado, considerarmos que o sistema jurídico é aberto e dinâmico, surgem necessariamente lacunas intrínsecas a qualquer ordenamento, ou, se, do outro, considerando um sistema jurídico fechado e estático, não seria admitido a existência de lacunas no direito, mas somente lacunas na aplicação do direito pelo juiz. Noutros termos, nas palavras de Maria Helena Diniz:

“se se admitir a existência de lacunas, surgem os problemas de sua constatação e de seu preenchimento, bem como o da legitimidade de seu uso, pois não se pode olvidar que os diferentes ordenamentos jurídicos os apresentam com facetas mais ou menos complexas, já que há os que, expressamente, determinam quais os instrumentos de constatação e de preenchimento das lacunas, como é o caso do brasileiro, e também os que são omissos a respeito, gerando uma lacuna de segundo grau pela falta de norma sobre essas questões, como, p. ex., ocorre com o direito alemão” [7].

Continua, ainda, a predita jurista, trazendo uma importante definição sobre as duas principais correntes doutrinárias:

“a que afirma, pura e simplesmente, a inexistência de lacunas, sustentando que o sistema jurídico forma um todo orgânico sempre bastante para disciplina todos os comportamentos humanos; e a que sustenta a existência de lacunas no sistema, que, por mais perfeito que seja, não pode prever todas as situações de fato que, constantemente, se transformam, acompanhando o ritmo instável da vida” [8].

A real verdade desse tema, no Brasil, é que, ao se analisar o próprio ordenamento jurídico brasileiro, já se admite a existência de lacunas, por meio do Decreto Lei nº 4.657/42, com redação dada pela Lei nº 12.376/10, que instituiu a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (“LINDB”), estabelecendo expressamente em seu artigo 4º, que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Diante dessa constatação, é importante notar os principais aspectos de cada um dos meios colocados à disposição do aplicador do direito para efetuar o preenchimento de lacunas.

Primeiramente, a analogia, é a primeira opção dada ao aplicador que se encontra diante de uma lacuna. De acordo com a Maria Helena Diniz, a analogia "consiste em aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado"^[9]. Assim sendo, a analogia é um procedimento lógico que abrange "a constatação (empírica), por comparação, de que há uma semelhança entre fatos-tipos diferentes e um juízo de valor que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças"^[10]. Para fins da analogia, o que é importante verificar, portanto, é se a coincidência entre o fato-tipo e o fato não previsto é suficiente, em termos valorativos, para justificar um tratamento jurídico idêntico.

Quanto aos costumes, nos termos do artigo 4º da LINDB, trata-se de uma opção secundária ao aplicador do direito, o qual somente poderá deles se socorrer quando se esgotarem todas as potencialidades legais para o preenchimento da lacuna. Em linhas gerais, costume é a prática reiterada e constante de um determinado ato com a convicção de sua necessidade jurídica. Vale dizer, como nos ensina Maria Helena Diniz, o costume decorre "da prática dos interessados, dos tribunais e dos jurisconsultos, seja secundum legem, praeter legem ou contra legem"^[11].

A seu turno, os princípios gerais de direito são uma terceira fonte de socorro ao aplicador do direito, isto é, como assevera Diniz:

"quando a analogia e o costume falham no preenchimento da lacuna, o magistrado supre a deficiência da ordem jurídica, adotando princípios gerais de direito, que, às vezes, são cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico"^[12].

Por fim, a equidade, que só pode ser utilizada quando todos os outros meios integrativos mencionarem não forem suficientes para resolver o problema de aplicação proposto, daí, então, ao aplicador do direito, "é-lhe permitido, ainda, socorrer-se da equidade"^[13]. Vale dizer, esgotados os

recursos previstos no artigo 4º da LINDB, a equidade é o último apelo ao sentimento de justiça na concepção do aplicador, em face da regra do *non liquet*. Assim, quando a equidade é utilizada para resolver o conflito entre normas, ou mesmo para se suprir lacuna no caso concreto, ela serve como norte à descoberta do sentido da norma que, em última análise, será destinada a garantir a liberdade humana, na busca pela justiça. Desse modo, cumpre esclarecer que Maria Helena Diniz encontra na legislação nacional, um vetor que conduz a uma interpretação para a resolução de conflitos de normas, que ela denomina “a lógica do razoável” e que está no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

A lógica do razoável ajusta-se a solução das antinomias, ante o disposto no art. 5 da nossa Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, que prescreve que, na aplicação da lei, deverá atender-se ao fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum. O órgão judicante deverá verificar os resultados práticos que a aplicação da norma produziria em determinado caso concreto, pois, somente se esses resultados concordarem com os fins e valores que inspiram a norma, em que se funda, é que ela deverá ser aplicada. Assim, se produzir efeitos contraditórios às valorações e fins conforme os quais se modela a ordem jurídica, a norma, então, não deverá ser aplicada àquele caso. De modo que entre duas normas plenamente justificáveis deve-se opinar pela que permitir a aplicação do direito com sabedoria, justiça, prudência, eficiência e coerência com seus princípios. Na aplicação do direito deve haver flexibilidade do entendimento razoável do preceito e não a uniformidade lógica do raciocínio matemático. O artigo 5 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, por fornecer critérios hermenêuticos assinalando o modo de aplicação e entendimento das normas, estendendo-se a toda ordenação jurídica, permite corrigir o conflito que se apresenta nas normas, adaptando a que for mais

razoável à solução do caso concreto, constituindo uma válvula de segurança que possibilita avaliar a antinomia e a revolta dos fatos contra as normas”^[14]

Ou seja, segundo Maria Helena Diniz, deve-se verificar qual a consequência caso haja a aplicação de uma das normas, preferindo sempre, conforme acima mencionado, a aplicação do direito com *“a coerência com seus princípios”*.

2. As lacunas nos sistemas penais.

Na concepção do ordenamento como um sistema dinâmico e aberto, surge a questão sobre saber se tal ordenamento está apto a prever todo comportamento possível e solucioná-lo.

Em matéria penal, Tércio Ferraz Sampaio Júnior, traz um clássico exemplo acerca dessa dinâmica no ordenamento, quando aborda a questão do furto de energia, nos seguintes termos:

O furto de energia elétrica que, quando passou a representar um problema para a ordem jurídica, não era configurado por nenhum tipo penal (que falava em furtar coisa móvel, não se enquadrando energia elétrica como tal, devendo, então, por força do princípio *nullun crimin nulla poena sine lege*, ser admitido como comportamento penalmente admissível).^[15]

Nesse ponto, constatou-se a problemática como uma completude/incompletude do sistema jurídico normativo, o qual pôde ser, também, conhecido como um problema de lacunas no ordenamento, necessitando, pois, de uma análise resolutiva ao caso concreto.^[16]

Como visto anteriormente, para analisar os casos de lacunas, o aplicador do direito deve estar atento ao artigo 4º. Assim, de maneira geral, pode acontecer que o magistrado, ao analisar determinado caso concreto, não encontre nenhuma norma jurídica apta a solucionar o problema suscitado e, mesmo assim, não poderá deixar de se pronunciar ante ao brocardo latino positivado do *non liquet*^[17] (art. 140, CPC), como também não poderá utilizar de julgamento apenas com base na equidade, já que se trata de uma medida de exceção (art. 139, §Único, CPC). Ou seja, *“se o juiz não pode invocar o a fórmula do non liquet, pode, entretanto, socorrer-se*

de processos de integração da norma jurídica, suprimindo, então, as lacunas da lei"[18].

Para o Direito Penal o problema se torna muito mais simples do que em face ao direito privado, pois, em homenagem ao princípio da legalidade[19] e seus derivados, ninguém pode ser acusado – e muito menos condenado – se não houver nenhum tipo penal taxativo que abarque a conduta reprovada, isto é, se não houver uma solução estritamente legal.

Não obstante as orientações traçadas pelo sistema penal, deve-se, sobretudo, diferenciar a análise com base na classificação jurídica da norma, isto é, se seria de direito material ou processual, já que o direito processual permite a possibilidade da utilização de instrumentos de integração, flexibilizando a legalidade, conforme previsto no art. 3º, do Código de Processo Penal, que assim assevera: "*A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como suplemento dos princípios gerais do direito*". Noutros termos, segundo José Frederico Marques, se houverem lacunas processuais, deve-se recorrer a analogia e aos princípios gerais do direito, nos termos do artigo 3º do Código de Processo Penal.[20]

Especificamente, vamos analisar o efeito daqueles meios integrativos vistos no tópico anterior em âmbito penal.

No que tange a analogia, enquanto o direito processual penal a permite de forma desmedida, a situação do direito penal material, embora contenha uma vedação em face do princípio da legalidade, possui a exceção quanto à analogia *in bonam partem*[21], de modo que a analogia pode ser utilizada no direito penal, desde que beneficie o réu. Exemplo: Primeiro, considere, de um lado, o art. 128, II, CP,[22] hipótese de aborto humanitário ou sentimental (hipótese em que a gravidez é resultante de estupro), entende-se que fica permitido por lei que a gestante faça o aborto, desde que esteja presente seu consentimento, com a devida comunicação às autoridades policiais e a realização do procedimento seja feita por médico. Segundo, de outro, imagine-se que, numa cidade distante, onde não tem médico, uma parteira faça um aborto resultante de estupro. Nesta hipótese, poder-se-ia fazer uma analogia para beneficiar a ré que, ou seja, o magistrado pode isentar a parteira de responsabilidade, assim como ocorreria no caso do médico. Por outro lado, a analogia *in malam partem* –

analogia que amplia o poder punitivo – antes mesmo do atual Código Penal[23], já era vedada, mesmo porque só o legislador (não o juiz), pode ampliar o catálogo de crimes inseridos nas leis penais. Afinal, a essência do direito penal é baseada na segurança dos tipos, da legalidade. Quando qualquer conduta, embora semelhante às já positivadas, não se enquadra aos tipos penais existentes, ela escapa ao alcance da justiça repressiva. Nessa linha, calha ressaltar que:

Escritores de prestígio excluem a exegese extensiva das leis penais, por serem estas excepcionais, isto é, derogatórias do Direito comum; a outros se não afigura logicamente possível enquadrar em tal categoria um ramo inteiro da ciência jurídica. Para estes a razão da originalidade é outra; as disposições repressivas interpretam-se estritamente porque, além de serem preceitos de ordem pública, mandam fazer ou proíbem que se faça. Em geral as normas concernentes a determinadas função do interesse público ordenam ou vedam, a estas injunções ou proibições, destinadas a assegurar o equilíbrio social, aplicam-se no sentido exato; não se dilatam, nem restringem os seus termos. *Permittitur quod non prohibetur*. "O que não está proibido, é permitido." Admite-se a extensão quando as leis não são imperativas, nem proibitivas, mas indicativas, reguladoras, organizadoras; porque, nesse caso, não se interessam os fundamentos da ordem de coisas estabelecidas.[24]

Sobre os costumes, podemos apenas abordar que ele funciona como influencia ao legislativo, isto é, tem pouca relevância na integração de normais penais, trata-se somente de uma força que motiva a criação de novas regras positivas, ou aperfeiçoamento da obra legislativa vigente, ou mesmo, de uma forma de se julgar conceitos mutáveis como honra, medicina religião entre outros.

Em relação aos princípios, podemos citar que o Direito Penal possui como máxima decaída o princípio geral de garantia da persecução penal que é o do *in dubio pro reo*, o qual pugna que, na dúvida, é salutar

beneficiar o réu, trazendo a ilação mais simbólica deste ramo do direito que é, na dúvida, proteja-se o indivíduo do grande “Leviatã” Estatal.

Como um dos princípios tido como gerais do direito é o *in dubio pro reo*, jamais será necessário se recorrer à equidade em matéria penal, ou seja, não pode auxiliar na exegese de textos que cominam penas de qualquer natureza^[25]

Conclusão

As leis de introdução às normas brasileiras flexibilizam ao aplicador do direito a utilização de meios integrativos, de modo que, com ela, se instituiu um sistema jurídico aberto no Brasil, cuja integração das normas pode ser feita por meio da analogia, dos costumes, dos princípios gerais do direito e da equidade.

Não obstante essa série de ferramentas fornecidas ao aplicador do direito, em matéria de direito criminal, existe um óbice muito grande à utilização desmedida desses meios de integração. Isso porque, como se viu, o Direito Penal se fundamenta, por excelência, no princípio da legalidade para reger a incriminação de alguém, de modo que, qualquer interpretação diversa que sirva para prejudicar a lei estrita deve ser extirpada do ordenamento.

Portanto, para o direito penal – o direito material propriamente dito – entendemos a importância dos casos de analogia *in bonam partem*, que devem ser preservados, dado a interpretação que favorece ao investigado ou acusado, isto é, apenas se admite analogia *in bonam partem*; jamais utilizar a analogia *in malam partem*, nem mesmo os costumes ou princípios gerais do direito. Quanto ao direito processual, na linha do que foi traçado por Frederico Marques, entendemos que apenas são admitidas analogias e princípios gerais do direito, sobretudo o princípio do *in dubio pro reo*, que é uma das principais garantias processuais penais no ordenamento.

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA. Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva. São Paulo: Editora Jurídico Brasileira. 2000.
- DINIZ, Maria Helena. As lacunas no Direito, São Paulo: Saraiva, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas. 2008.

Marques. José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari. Millennium. Volume I, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense. 2011,

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. Ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE JÚNIOR. Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense.

NOTAS:

[1] DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 20-21.

[2] DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21.

[3] DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 21.

[4] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. Ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 64 e seguintes.

[5] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 464-465.

[6] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 465.

[7] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 465.

[8] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva. 2014,p. 467.

[9] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 480.

[10] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 481.

[11] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 489.

[12] DINIZ, **Compêndio de introdução à ciência do direito**, cit. p. 490.

[13] DINIZ, **Compêndio de introdução à ciência do direito**, cit. p. 497.

[14] DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.71.

[15] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 185.

[16] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas. 2008, p. 185.

[17] Segundo o qual, quando o magistrado não encontra uma solução para o caso e se exime de solucioná-lo.

[18] ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 11. ed. amp., rev., e atual. São Paulo: Editora Jurídico Brasileira. 2000, p. 811.

[19] Vide. Cf e art. 1º, do Código Penal.

[20] Marques. José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari. Millennium. Volume I, 2003. p. 40

[21] REALE JÚNIOR. Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense. 2012, p. 94.

[22] Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

[...]

II -

se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

[23] Vide alínea do artigo 1º do Código Penal de 1890.

[24] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011, p. 265.

[25] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011, p. 265.

PARTICIPAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA: COMO MELHORAR O QUADRO ATUAL?

ANA SOFIA COUTINHO BIZZI:

Acadêmica de Direito pela Universidade de Brasília - UNB.

Resumo: A participação feminina no cenário político brasileiro é imprescindível para a aplicação de uma democracia plena no país. As mulheres vêm adquirindo mais representação social e política com o passar do tempo, entretanto esse avanço ainda não se mostra o suficiente, pois o número de mulheres na política é expressivamente inferior ao de homens, dado que si representa um obstáculo a uma participação igualitária. A cultura política, a cultura de gênero e os estereótipos estipulados na mídia são alguns dos fatores que contribuem para que haja uma certa dificuldade na implementação de um equilíbrio dos gêneros no campo político. Nesta obra, tratar-se-á justamente da questão de uma representatividade não harmônica de gêneros no âmbito político e como essa realidade pode ser melhorada de forma mais efetiva.

Palavras-chave: política; representatividade; mulher; Brasil

Sumário: Introdução. Representação feminina no Brasil em analogia com os outros países. Democracia no Brasil e participação feminina na política. Mudanças necessárias. Conclusão. Referência bibliográfica.

Introdução

Na sociedade brasileira, o número de mulheres sobrepõe o número de homens como um todo. De acordo com o Censo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) 2010, as mulheres representam 51% da população brasileira, enquanto que os homens constituem 49% do total. Entretanto, o campo político brasileiro não reflete essa realidade populacional. De acordo com dados oferecidos pelo TSE (Tribunal Superior Eleitoral), de maneira comparativa, nas eleições de 2010, dos 513 eleitos para cargos de deputados federais, 91,22% eram homens e apenas 8,77%

eram mulheres. Esse cenário demonstra, de forma clara, a falta de proporção na participação feminina na política brasileira.

É importante apontar, contudo, que essa dissemelhança entre a presença de mulheres com a presença de homens na política não é devido à preferência social por votar em homens. Segundo a análise de Simone Bohn (2008) sobre dados do Survey LAPOP – Brasil 2007, a população brasileira possui uma aceitação considerável sobre a figura feminina na política. Pesquisas demonstraram que a falta de informações de alguns indivíduos e concepções tradicionais de pessoas de idade mais avançada representam a maior dificuldade para o ingresso da mulher na política. Esses dois grupos, pessoas de baixa escolaridade e idosos, argumentam que política não é um ambiente apropriado para mulheres.

Representação feminina no Brasil em analogia com os outros países

A figura feminina vem ganhando, com o passar dos anos, seu espaço nas sociedades, conseguindo adentrar cada vez mais o mercado de trabalho e reafirmando sua relevância social ao redor do mundo. As conquistas incluem a maior participação feminina no campo político, não somente em um país, mas no globo como um todo. Entretanto, essas conquistas atingiram escalas diversas dependendo do país, haja vista que sofrem influências de diversos fatores, sobretudo da cultura, história e da população que integram.

O Brasil é o maior país da América Latina, sendo assim uma nação consideravelmente influente em escala internacional. Entretanto, mesmo sendo um país participativo e relevante em assuntos globais, o Brasil está em uma das piores colocações no ranking mundial de presença feminina no Parlamento. De acordo com o último boletim liberado pela União Interparlamentar (UIP), a nação brasileira ocupa o 116º lugar numa lista de 190 países, perdendo até para nações do Oriente Médio. Países como Líbia, Síria, Iraque, Afeganistão, Jordânia, Emirados Árabes e Arábia Saudita, distintos por negar à figura feminina direitos básicos os quais foram conquistados pelas brasileiras nos espaços públicos há décadas, ultrapassam o percentual do Brasil de participação feminina na política.

Democracia no Brasil e participação feminina na política

Democracia e participação feminina proporcional na política são dois conceitos extremamente correlacionados. Uma representação política justa,

tanto das mulheres, quanto dos homens, é condição para que se estabeleça de fato uma democracia. No Brasil, o contingente populacional feminino é mais numeroso do que o masculino e, apesar disso, as mulheres compõem somente 13% dos cargos eletivos do país, de acordo com registros do TSE. Dessa forma, não se pode falar de um sistema democrático absoluto, pois não há representatividade ampla e isonômica.

É evidente notar que a política brasileira não reflete a sua população, mas sim as mazelas que nela se encontram. A pouca participação feminina na política possui por trás de si preconceitos e ideologias desatualizadas e não condizentes com a realidade contemporânea. A injustiça se dá não somente por não oferecer oportunidades equivalentes para ambos os sexos, mas também por privar a nação de decisões políticas mais diversas e de diferentes formas do pensar político. A formação das chamadas "agendas temáticas decisórias" é afetada diretamente com a disparidade participativa, de acordo com os autores Almeida; Lu?chmann e Ribeiro (2012). Pesquisas realizadas nos Estados Unidos, Brasil e em outros países da Latina América apontam que mulheres tendem a se preocupar mais com questões que abrangem as parcelas mais vulneráveis da sociedade. Partindo dessa premissa, é de se supor que, assumindo os papéis administrativos do Estado, as mulheres priorizariam as questões sociais relevantes, beneficiando a nação de maneira expressiva.

Mudanças necessárias

É preciso que haja alterações no sistema político e na forma de ver a mulher brasileira. A natureza problemática dessa realidade brasileira deve ser apontada e resolvida. A bancada feminina reivindica a criação de elementos que favoreçam a inclusão de mulheres no Legislativo. Reformas políticas são métodos eficientes para que haja uma transformação nessa diferença entre a participação masculina e a feminina no âmbito político.

Apesar de não terem resolvido o problema por completo, legislações que visam assegurar o espaço da mulher na política foram criadas. A Lei nº 9.504/1997 (Lei das Eleições) estabeleceu cota mínima de 30% e máxima de 70% para candidatos homens e mulheres, após as eleições de 1998. Em 2009, a Lei nº 12.034/09 inovou ao criar um fundo partidário especial, a fim de aumentar a participação das mulheres na vida pública. O Código Eleitoral brasileiro reserva um terço das vagas a serem ocupadas pelos representantes do povo para candidatas mulheres. A Lei nº 13.165, de 29 de

setembro de 2015 (Reforma Eleitoral), alterou o art. 44, V, da Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), que dispõe sobre a reserva mínima de 5% do fundo partidário para a criação, manutenção e promoção de campanhas com vistas ao despertar do interesse da população feminina para a atuação na vida política do país.

As leis mencionadas são alguns exemplos de reformas políticas adotadas para diminuir a diferença dos gêneros na política brasileira. As legislações se mostraram efetivas, proporcionando maior envolvimento feminino no meio público. Entretanto, como exposto anteriormente, a questão não se baseia pura e simplesmente em adversidades do meio político em si. A discrepância na política também é consequência de uma cultura brasileira tradicionalista que advém de concepções retrógradas.

As mulheres ainda sofrem preconceitos pelo seu gênero. Essa discriminação muitas vezes leva à subvalorização da figura feminina na sociedade. Crenças que implicam incapacidade da mulher de lidar com assuntos e decisões do Estado ainda persistem, mesmo na sociedade contemporânea. Portanto, para que a atuação política feminina precária seja solucionada são necessárias reformas políticas e sociais.

As complicações entre gênero e política aumentam com os preconceitos. O estereótipo existente que relaciona as mulheres ao meio privado, a inabilita de assumir posturas de comando. É comum que, em discursos preconceituosos, se desqualifique a figura feminina devido as suas características emocionais e físicas. Esse assunto é discutido e exposto pelos autores Carole Pateman (1993) e Flávia Biroli (2010).

A autora Biroli afirma que a ideia de que a mulher não tem interesse de participar em questões políticas foi naturalizada. Essa naturalização mascara o problema, pois passa a imagem de um ambiente político que não chega a ser preconceituoso, apenas desinteressante pelas mulheres. Flávia Biroli se baseou em parte nos estudos de Carole Pateman, segundo os quais, para as definições das esferas público-privado, gênero é o fator prevalecente.

Conclusão

A participação política não harmônica no Brasil é algo de extrema importância, que deve ser analisada e solucionada. Quando o meio político não reflete de maneira proporcional a sua população, consequências

negativas ferem não somente o próprio meio político como também a nação brasileira.

É preocupante notar que mesmo um país expressivo em escala internacional como o Brasil ainda sofre com problemas como preconceito, em pleno século XXI. Inclusive, sendo o maior país da América Latina e por ter uma história exemplar de conquista dos direitos das mulheres, é surpreendente que o Brasil esteja aquém nesse cenário de representação política feminina.

O princípio democrático é abalado por essa realidade. Uma democracia integral não é exequível, enquanto a representação política não for isonômica. Possuir representatividade consiste em conseguir exercer o seu direito como cidadão de atuar em questões administrativas. É necessário que seja ofertada uma oportunidade a todos, independente das suas características. Uma participação justa resulta em discussões mais variáveis, com argumentos divergentes, contribuindo para que se chegue em conclusões mais gerais, que abrangem uma maior parcela da população.

Um meio político não igualitário em termos de gênero demonstra resquícios de preconceitos contra as mulheres que muitos creem não existir mais. Mesmo após tantas conquistas sociais, as mulheres ainda sofrem com preconceitos irracionais e sem base, sendo que o campo político brasileiro demonstra isso com clareza. A visão de a política ser um “negócio de homens”, como a autora Biroli chama, é um subterfúgio para que as injustiças por detrás da desigualdade participativa não sejam expostas.

Para que essa conjuntura seja alterada é necessário que haja modificações políticas e sociais. Uma maior conscientização sobre os pontos negativos e as consequências de tal realidade deve ser promovida. O povo teve ter a exata noção dos prejuízos advindos dessa assimetria política entre homens e mulheres.

Referências Bibliográficas

- BOHN, Simone R. **Mulher para presidente do Brasil? Gênero e política na perspectiva do eleitor brasileiro**. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762008000200004>. Acesso em: 29/11/2016.

- ALMEIDA, Carla; LUZCHMANN, Lígia; RIBEIRO, Ednaldo. Associativismo e representação política feminina no Brasil. **Revista Brasileira de Ciência Política**, no8. Brasília, maio - agosto de 2012, pp. 237-263.
- **INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE** – Distribuição Percentual da População por Sexo – Brasil – 1980 a 2010. Disponível em: <http://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/distribuicao-da-populacao-por-sexo>. Acesso em: 29/11/2016.
- MOREIRA, Lourdes Carmo. **As mulheres nos espaços de decisão política**. Niterói: 2009. Disponível em <http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/politicas-publicas/publicacoes>. Acesso em 29/11/2016.
- PATERMAN, Carole. **O contrato sexual**. Trad. Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.
- BIROLI, Flávia. Gênero e política no noticiário das revistas semanais brasileiras: ausências e estereótipos. **Cadernos Pagu**, nº 34, janeiro-junho de 2010, p. 269-299.
- MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Rev. Sociol. Polít.** Curitiba, 25, p. 11-23, nov. 2005.
- RESENDE, Sara. **Brasil fica atrás até do Oriente Médio em presença feminina no Parlamento**. 2015. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/brasil-fica-atras-ate-do-orientes-medio-em-participacao-feminina-na-politica/>. Acesso em 29/11/2016
- BARRETO, Rafaella Barros. **A participação feminina na política: como melhorar o quadro atual?** 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50455/a-participacao-feminina-na-politica-como-melhorar-o-quadro-atual>. Acesso em: 29/11/2016

O DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA PRIVADAS DE LIBERDADE NO BRASIL À LUZ DO CASO CHINCHILLA SANDOVAL VERSUS GUATE-MALA

JOÃO VICTOR PEREIRA MARTINS DA SILVA:

Advogado, Pós-Graduado em Direito Tributário e Legislação de Impostos pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

RESUMO: A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença de 29 de fevereiro de 2016, responsabilizou o Estado da Guatemala por violações institucionalizadas aos direitos à integridade pessoal e à vida, que culminaram na morte da senhora María Inés Chinchilla Sandoval, enquanto cumpria pena privativa de liberdade, em um Centro de Orientação Feminina regional. Esta foi a primeira vez que a Corte IDH se pronunciou sobre o impacto das condições carcerárias nas pessoas com deficiência. O presente ensaio, portanto, pretende meditar as principais diretrizes desenvolvidas pela Corte na referida decisão e – sem pretensão de esgotar ou ser conclusivo – confrontá-las com a legislação brasileira concernente.

Palavras-chave: Direitos humanos. Saúde. Pessoas com deficiência. Caso Chinchilla Sandoval *versus* Guatemala. Prisão.

ABSTRACT: The Inter-American Court of Human Rights, on February 29, 2016, held the State of Guatemala responsible for the death of María Inés Chinchilla, as a result of negligent conduct on the part of the staff of the correctional institution where she was serving her sentence. That was the first time that the Inter-American Court has delivered a verdict about the impact of prison conditions on people with disabilities. The present essay, therefore, intends to meditate on the main guidelines developed by the Court in this decision and to confront it with the Brazilian legislation.

Keywords: Human rights. Health. Persons with disabilities. Chinchilla Sandoval *versus* Guatemala. Prison.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 2. CASO CHINCHILLA SANDOVAL *VERSUS* GUATEMALA; 2.1. CONTEXTO FÁTICO E OBJETO DA

CONTROVÉRIA; 2.2. PRINCIPAIS CONSIDERAÇÕES DA CORTE IDH RELACIONADAS AO DIREITO À SAÚDE E AO DIREITO À ACESSIBILIDADE; 2.2.1. AS OBRIGAÇÕES DO ESTADO DE PROVER ATENÇÃO E TRATAMENTO MÉDICO ÀS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE; 2.2.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO À ACESSIBILIDADE E ADAPTAÇÕES RAZOÁVEIS – 3. CÁRCERE, SAÚDE E ACESSIBILIDADE: UTOPIA OU POSSIBILIDADE? – 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS – 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tem como propósito promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas com deficiência, promovendo o respeito pela sua inerente dignidade (art. 1º).

A referida Convenção foi internalizada em nosso ordenamento jurídico através do Decreto nº. 6.949/2009, cuja edição seguiu o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição da República, conferindo-lhe *status* equivalente ao de emenda constitucional.

Logo, a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência não apenas compõe o bloco de constitucionalidade, mas, principalmente, é parte do próprio texto constitucional. Neste cenário, indaga-se: quantos alunos da graduação de Direito têm contato com o texto normativo da Convenção nos primeiros anos da faculdade? Este contato se dá na disciplina de Direito Constitucional ou é conteúdo programático tão só da cadeira de Direitos Humanos?

Tais indagações, embora pareçam impertinentes com o assunto eleito para o presente ensaio, revelam a base do raciocínio que o permeará, pois ao trazer esta temática para as lindes do Direito Constitucional, tem-se uma maior aceitação deste texto normativo como vetor interpretativo de toda a legislação infraconstitucional, impondo deveres e limitações aos três poderes e, igualmente, aos particulares entre si.

Fixa-se então uma premissa que deveria ser indispensável ao estudo e à revisitação de direitos fundamentais reconhecidos na Constituição de 1988: o dever de se conhecer para quem as garantias e direitos constitucionais são dirigidos e (devem ser) concretizados. Neste ponto, destacam-se os grupos vulneráveis que, embora possam não necessariamente corresponder a uma minoria, sofrem discriminações e, normalmente, têm seus direitos de cidadania desrespeitados (SIQUEIRA; ANSELMO, 2011).

A pluralidade dos povos e culturas que integram a população brasileira é verdade debatida e divulgada nas mais variadas amplitudes e profundidades. A título de exemplo, têm-se as populações citadas no Decreto nº. 8.750, de 9 de maio de 2016, que ao instituir o Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais e assegurar a representatividade destes, elencou os caixaras, faxinalenses, benzedeiros, ilhéus, raizeiros, geraizeiros, além dos povos indígenas, comunidades quilombolas e tantos outros povos e comunidades que ouvimos falar, mas não conhecemos (art. 4º, § 2º).

Contudo, conforme lecionam Siqueira e Anselmo (2011), nem sempre os grupos vulneráveis estão ligados por circunstâncias fáticas ou culturais, o que gera dificuldade em sua identificação pelo Poder Público.

Nesse contexto se incluem as pessoas com deficiência que, apesar da mudança paradigmática promovida pelos Direitos Humanos do modelo médico para o modelo social, enfrentam incontáveis dificuldades de acessibilidade pouco visadas pela opção político-orçamentária do Estado. Estes, infelizmente, enfrentam a ignorância de uma população pouco esclarecida e desacostumada a lidar com diferenças – por mais esdrúxulo e paradoxal que possa ser no Brasil.

Não bastassem os embaraços que as pessoas com deficiência já enfrentam na vida cotidiana, o que dizer daquelas que cumprem penas privativas de liberdade num sistema carcerário reconhecido internacionalmente pela sua precariedade?

O presente ensaio não pretende se ocupar dos inimputáveis e semi-imputáveis que cumprem Medidas de Segurança em Hospitais de Custódia

e Tratamento Psiquiátrico, ou em estabelecimentos similares, embora considere a temática carecida de estudos e atualizações legislativas.

Pretende-se refletir sobre a efetivação do direito à saúde das pessoas com deficiência privadas de liberdade, mas, à exemplo do Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala, pessoas plenamente capazes, sob o ponto de vista do Direito Civil, com a mudança de paradigma promovida pela Lei nº. 13.146/2015, e imputáveis do ponto de vista do Direito Penal – ou seja, com a capacidade de, no momento da ação ou omissão, entender o caráter ilícito do fato e de se determinar de acordo este entendimento, não obstante suas deficiências de natureza física, sensorial, intelectual, mental etc.

Isso porque, o sistema carcerário brasileiro, que já vive um “Estado de Coisas Inconstitucional”, é ambiente repleto de barreiras que obstruem sua participação plena e efetiva, em igualdade de condições com os demais detentos, razão pela qual o Caso Chinchilla Sandoval tem tanta importância na consolidação de bases axiológicas para o tratamento desta problemática específica.

2. CASO CHINCHILLA SANDOVAL VS. GUATEMALA

2.1. CONTEXTO FÁTICO E OBJETO DA CONTROVÉRSIA

Em 29 de fevereiro de 2016, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão em desfavor do Estado da Guatemala, em razão de reiteradas violações aos direitos à vida e à integridade pessoal da senhora María Inés Chinchilla Sandoval, portadora de diabetes melitus e com deficiências motoras e visuais, que faleceu em decorrência da negligência dos agentes estatais e da parca acessibilidade da infraestrutura prisional em que cumpria pena privativa de liberdade, ao cair de sua cadeira de rodas.

A senhora María Inés Chinchilla Sandoval foi condenada, em 1995, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 30 anos por homicídio e furto qualificado. Dois anos depois, a detenta (vítima do caso estudado) foi

diagnosticada com diabetes melitus e hipertensão arterial, enfermidades que se agravaram com o passar do tempo.

Segundo informa a petição encaminhada à Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a Guatemala, embora tivesse posição especial de garante dos direitos à vida e à integridade pessoal da detenta, não realizou os controles periódicos necessários à condição de diabética da mesma, tampouco disponibilizou medicamentos e equipe especializada na organização de uma dieta e cuidados constantes, o que levou ao agravamento de sua enfermidade, ocasionando a amputação de sua perna e a considerável diminuição de sua visão, limitando-a a se locomover com cadeira de rodas.

Diante de sua deficiência motora superveniente, o Estado da Guatemala não cumpriu com sua obrigação de efetivar adaptações razoáveis das estruturas do estabelecimento prisional, muito menos o juiz da execução deferiu proteção judicial adequada à especial condição da detenta.

Em 25 de maio de 2004, a Sra. Chinchilla sofreu um acidente com sua cadeira de rodas que levou ao seu falecimento. O Estado da Guatemala não realizou sequer investigações efetivas sobre sua morte, violando, também, o direito à proteção judicial de seus quatro filhos.

2.2. PRINCIPAIS CONSIDERAÇÕES DA CORTE IDH RELACIONADAS AO DIREITO À SAÚDE E AO DIREITO À ACESSIBILIDADE

A fim de melhor discorrer sobre as controvérsias apresentadas, a Corte IDH fez, em sua decisão, a opção metodológica por analisar a responsabilidade do Estado da Guatemala através da seguinte sumarização, que também pautará as reflexões deste trabalho sobre os principais pontos da sentença relacionados à saúde e acessibilidade, em paralelo com disposições normativas internas:

- 1) las obligaciones del Estado de proveer atención y tratamiento médico a las personas privadas de libertad;

2) el deber del Estado de proveer un tratamiento adecuado a la presunta víctima por su condición de diabetes y padecimientos relacionados luego de su privación de libertad;

3) la respuesta del Estado frente a la condición de discapacidad de la señora Chinchilla; y

4) la respuesta de las autoridades administrativas el día de la muerte de la señora Chinchilla (CORTE IDH, 2016, p. 53).

Antes, cumpre esclarecer que, malgrado o Estado da Guatemala tenha sido condenado por violações à integridade pessoal e à vida da Sra. Chinchilla, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos relaciona e vincula tais direitos diretamente com a atenção à saúde humana.

Assim, a própria Corte, em suas conclusões, pontua que, apesar da sentença não fazer menção explícita a expressão “direito à saúde” no capítulo de responsabilização, a atenção à saúde é uma das facetas do direito à vida, e eventual desrespeito a esta constitui violação autônoma, passível de controle direto pelos Tribunais Internacionais.

En el caso que nos ocupa, el análisis del “derecho a la salud” como derecho autónomo hubiera permitido evaluar con mayor profundidad las temáticas asociadas a las condiciones en las cuales se debe brindar el servicio médico cuando una persona sea privada de la libertad, especialmente de una persona con discapacidad. (Corte IDH, 2016, p. 138).

Para a Corte IDH, o cerne da questão do caso Chinchilla Sandoval *versus* Guatemala encontra-se na garantia do direito à acessibilidade da vítima dentro da penitenciária, no contexto de *adaptações razoáveis* necessárias para melhor interação com os aspectos sociais, estruturais e arquitetônicos em que estava inserida.

2.2.1. AS OBRIGAÇÕES DO ESTADO DE PROVER ATENÇÃO E TRATAMENTO MÉDICO ÀS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

O art. 1.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos estabelece:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

A partir da exegese realizada pela Corte IDH sobre esse artigo, o Estado encontra-se numa posição especial de garante em relação às pessoas privadas de liberdade, pois o próprio encarceramento obstaculiza que o preso satisfaça por conta própria uma série de necessidades básicas e essenciais a uma vida digna, maximizando sua responsabilidade como regulador de direitos e obrigações ajustáveis ao cárcere, entre os quais o direito à saúde.

Nessa linha de raciocínio, há nos artigos 5.1 e 5.2 do Pacto de São José da Costa Rica previsão expressa em consideração aos direitos à vida e à integridade pessoal das pessoas sob custódia estatal, determinando a existência de condições de detenção compatíveis com a dignidade humana que lhes são inerentes.

Artigo 5. Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve

ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. (OEA, 1969)

Para a Corte IDH, por todas essas enunciações normativas, entende-se que o respeito à dignidade das pessoas privadas de liberdade - em especial a integridade física, psíquica e moral - garante, por consequência, a atenção à saúde, consubstanciada na provisão de revisões médicas regulares e a tratamentos médicos adequados, se necessário (Corte IDH, 2016).

Na Constituição Federal brasileira, houve especial atenção do legislador constituinte ao processo de humanização das penas, assegurando aos detentos, entre outros direitos, os de não serem submetidos a tortura ou a tratamento desumano ou degradante, de terem a sua pena individualizada e de não sofrerem penas de morte, cruéis ou perpétuas, nos termos do artigo 5º, incisos III, XLVI e XLVII. Mais especificamente, em harmonia com a normatização internacional, tem-se o inciso XLIX do artigo 5º: "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral" (BRASIL, 1988).

Consectariamente, à luz dos mandamentos constitucionais citados, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese de Repercussão Geral, quando do julgamento do RE 841.526/RS, Rel. Min. Luiz Fux: "Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da CF/88, o Estado é responsável pela morte de detento" (BRASIL, 2016).

Cuida-se, pois, de direitos fundamentais intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual constitui diretriz valorativa de todos estes direitos fundamentais que o concretizam (SARLET, 2005).

Na mesma linha, o art. 196 do texto constitucional consigna o caráter universal do direito à saúde. A Lei de Execução Penal (Lei nº. 7.210/1984), no art. 40, inciso VII, estabelece que a assistência à saúde é um direito do preso.

Sobre titulares e destinatários do direito fundamental à saúde, Sarlet e Figueiredo (2012) ensinam que a lógica da universalidade é sempre inclusiva:

Vigora, pois, o princípio da universalidade, no sentido de que o direito à saúde é reconhecido a todos pelo fato de serem pessoas, o que não impede diferenciações na aplicação prática da norma, especialmente quando sopesada com o princípio da igualdade – o que é bastante para demonstrar que, embora correlacionados, tais princípios não se confundem. A partir disso é possível sustentar, em linha de princípio, a titularidade universal do direito à saúde, respaldada em sua estreita vinculação com os direitos à vida e à integridade física e corporal, sendo de afastar a tese que, de forma generalizada e sem restrições, procura cingi-lo somente aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Ressalve-se que nem mesmo as políticas públicas atualmente vigentes dão amparo a esse tipo de interpretação restritiva, na medida em que apresentam caráter nitidamente inclusivo, como são exemplos alguns programas especiais de assistência à saúde, seja porque dirigidos a grupos populacionais especiais dentro do território nacional, como no caso dos povos indígenas, seja porque voltados à população estrangeira que ocorre aos serviços públicos nas cidades da fronteira terrestre do Brasil, demonstrando, enfim, que o caminho não é a exclusão [...] (SARLET; FIGUEIREDO, 2012, p. 38).

Como se vê, tanto a base axiológica adotada pela Constituição Federal brasileira, como suas próprias disposições normativas, incluem os detentos na sistemática de proteção à vida e à integridade pessoal, descortinando um ordenamento jurídico completamente harmônico com as recomendações da Corte IDH no sentido de se estabelecer uma regulação eficaz dos serviços de saúde do regime carcerário, bem como de mecanismos eficazes de fiscalização.

2.2.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITO À ACESSIBILIDADE E ADAPTAÇÕES RAZOÁVEIS

Consta nas fichas da Sra. Chinchilla Sandoval que ela já havia ingressado no sistema prisional da Guatemala em mal estado de saúde, sem que se tenha realizado nenhum expediente clínico para confirmar seu diagnóstico e estabelecer um tratamento adequado para sua enfermidade.

Para a Corte IDH, é dever do Estado responsável pela detenção proporcionar tratamento médico aos detentos, de maneira efetiva, adequada e continua, por pessoal médico capacitado, incluindo o fornecimento de medicamentos e alimentação especial eventualmente necessária. Ressalta, ainda, que a obrigação do Estado se maximiza quando a ausência de cuidados específicos pode deteriorar, de maneira progressiva, a saúde do enfermo. Confira-se:

Esta obligación puede verse condicionada, acentuada o especificada según el tipo de enfermedad, particularmente si ésta tiene carácter terminal o, aún si no lo tiene per se, si puede complicarse o agravarse ya sea por las circunstancias propias de la persona, por las condiciones de detención o por las capacidades reales de atención en salud del establecimiento carcelario o de las autoridades encargadas. Esta obligación recae en las autoridades penitenciarias y, even-tual e indirectamente, en las autoridades judiciales que, de oficio o a solicitud del interesado, deban ejercer un control judicial de las garantías para las personas privadas de libertad.

Las autoridades deben asegurarse de que, cuando lo requiera la naturaleza de una condición médica, la supervisión sea periódica y sistemática dirigida a la curación de enfermedades del detenido o a prevenir su agravamiento, en lugar de tratarlos de forma meramente sintomática. (Corte IDH, p. 62)

O Estado da Guatemala não conseguiu comprovar que mantinha registros médicos do tratamento e do estado de saúde da senhora Chinchilla, e, por conseguinte, nem se a alimentação e os medicamentos fornecidos eram adequados e regularmente proporcionados a ela. Por estas razões, a Corte considerou que o Estado não cumpriu com as obrigações internacionais de garantir os direitos à vida e à integridade pessoal da senhora Chinchilla durante o tempo em que permaneceu na penitenciária.

A Sra. Chinchilla Sandoval padecia de diabetes, doença que exigia cuidados periódicos e, especialmente, alimentação adequada, sob pena do alarmado agravamento. E foi exatamente o que aconteceu.

A partir de 2002, sete anos após o início de sua privação de liberdade, a vítima foi, progressivamente, tendo suas capacidades motoras e visuais reduzidas. Tinha úlceras e feridas nos pés, que precisavam de constantes limpezas e cuidados, os quais foram negligenciados pela equipe médica de saúde do local, levando-a a amputação de uma de suas pernas, e a necessidade de locomoção com cadeira de rodas.

O entendimento esposado pela Corte IDH é o de que a autoridade estatal, em razão da natureza e dos riscos da enfermidade que acometia a Sra. Chinchilla, se não podia garantir uma supervisão médica periódica, adequada e sistemática, estava obrigada a elaborar e garantir protocolos eficazes de tratamento, inclusive em casos de emergência.

A Corte reconheceu, em sua decisão, que o Estado transferiu a detenta para a ala do presídio reservada à maternidade, colocando-a em uma outra cela com iluminação adequada, ventilada e promovendo adaptações nas instalações sanitárias utilizadas por ela.

Entretanto, tais correções não foram suficientes. Para a Corte IDH, o cerne da questão do caso Chinchilla Sandoval *versus* Guatemala cinge-se às *adaptações razoáveis*, necessárias e ignoradas pelo Estado da Guatemala, cujo escopo seria amplificar a capacidade da Sra. Chinchilla, quando da interação com os aspectos sociais e estruturais que a circundavam na penitenciária.

Isso porque, conforme destaca Nogueira (2008), não se deve mais enfrentar a deficiência como uma concepção puramente médica, decorrente exclusivamente da enfermidade que acomete determinada pessoa, pois não se deve confundir a deficiência com a sua causa. A compreensão atual e harmônica com a jurisprudência internacional de Direitos Humanos é a do modelo social, e não mais do modelo médico, que lhe confere uma significação muito mais atenta às particularidades do indivíduo, sem dimensionar sua capacidade e autonomia de maneira genérica e, por isto, injusta.

O relatório socioeconômico do caso mostra que, apesar de transferida para outra cela, a Sra. Chinchilla Sandoval possuía um pequeno espaço, que dificultava sua locomoção com a cadeira de rodas dentro da cela. Para locomover-se nas áreas comuns, o relatório aduz que a vítima não conseguia o fazer sozinha, precisando ser carregada pelas agentes penitenciárias para circular pelas instalações. Além disto, quando precisava de atendimento médico externo, a Sra. Chinchilla era transportada num veículo do tipo "pick up", sem quaisquer adaptações razoáveis de acessibilidade.

A Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº. 3.956, de 08.10.2001 – ironicamente conhecida como Convenção da Guatemala - dispõe, em seu artigo 3º que os Estados Partes, para alcançar os objetivos enunciados na Convenção, comprometem-se a:

1. Tomar as medidas de caráter legislativo, social, educacional, trabalhista, ou de qualquer outra natureza, que sejam necessárias para eliminar a discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e proporcionar a sua plena integração à sociedade, entre as quais as medidas abaixo enumeradas, que não devem ser consideradas exclusivas:

- a) medidas das autoridades governamentais e/ou entidades privadas para eliminar progressivamente a

discriminação e promover a integração na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração;

b) medidas para que os edifícios, os veículos e as instalações que venham a ser construídos ou fabricados em seus respectivos territórios facilitem o transporte, a comunicação e o acesso das pessoas portadoras de deficiência;

c) medidas para eliminar, na medida do possível, os obstáculos arquitetônicos, de transporte e comunicações que existam, com a finalidade de facilitar o acesso e uso por parte das pessoas portadoras de deficiência; e

d) medidas para assegurar que as pessoas encarregadas de aplicar esta Convenção e a legislação interna sobre esta matéria estejam capacitadas a fazê-lo.

2. Trabalhar prioritariamente nas seguintes áreas:

a) prevenção de todas as formas de deficiência previsíveis;

b) detecção e intervenção precoce, tratamento, reabilitação, educação, formação ocupacional e prestação de serviços completos para garantir o melhor nível de independência e qualidade de vida para as pessoas portadoras de deficiência; e

c) sensibilização da população, por meio de campanhas de educação, destinadas a eliminar preconceitos, estereótipos e outras atitudes que atentam contra o direito das pessoas a serem iguais, permitindo desta forma o respeito e a convivência

com as pessoas portadoras de deficiência. (BRASIL, 2001)

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, promulgada pelo Decreto nº. 6.949, de 25 de agosto de 2009, estabelece algumas definições, necessárias aos propósitos da Convenção, em seu art. 2º, entre elas a de “adaptação razoável”:

Artigo 2

Definições

Para os propósitos da presente Convenção:

(...)

“Adaptação razoável” significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais; (BRASIL, 2009).

A Lei nº. 13.146/2015 – Lei de inclusão das Pessoas com Deficiência – define adaptações razoáveis, em seu art. 3º, inciso VI, como “adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 2015).

Quanto ao Direito à saúde, é imprescindível a análise dos artigos 25 e 26 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que dispõem:

Artigo 25

Saúde

Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero.

Em especial, os Estados Partes:

a) Oferecerão às pessoas com deficiência programas e atenção à saúde gratuita ou a custos acessíveis da mesma variedade, qualidade e padrão que são oferecidos às demais pessoas, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva e de programas de saúde pública destinados à população em geral;

b) Propiciarão serviços de saúde que as pessoas com deficiência necessitam especificamente por causa de sua deficiência, inclusive diagnóstico e intervenção precoces, bem como serviços projetados para reduzir ao máximo e prevenir deficiências adicionais, inclusive entre crianças e idosos;

c) Propiciarão esses serviços de saúde às pessoas com deficiência, o mais próximo possível de suas comunidades, inclusive na zona rural;

d) Exigirão dos profissionais de saúde que dispensem às pessoas com deficiência a mesma qualidade de serviços dispensada às demais pessoas e, principalmente, que obtenham o consentimento livre e esclarecido das pessoas com deficiência concernentes. Para esse fim, os Estados Partes realizarão atividades de formação e definirão regras éticas para os setores de saúde público e privado, de modo a conscientizar os profissionais de saúde acerca

dos direitos humanos, da dignidade, autonomia e das necessidades das pessoas com deficiência;

e) Proibirão a discriminação contra pessoas com deficiência na provisão de seguro de saúde e seguro de vida, caso tais seguros sejam permitidos pela legislação nacional, os quais deverão ser providos de maneira razoável e justa;

f) Prevenirão que se negue, de maneira discriminatória, os serviços de saúde ou de atenção à saúde ou a administração de alimentos sólidos ou líquidos por motivo de deficiência.

Artigo 26

Habilitação e reabilitação

1. Os Estados Partes tomarão medidas efetivas e apropriadas, inclusive mediante apoio dos pares, para possibilitar que as pessoas com deficiência conquistem e conservem o máximo de autonomia e plena capacidade física, mental, social e profissional, bem como plena inclusão e participação em todos os aspectos da vida. Para tanto, os Estados Partes organizarão, fortalecerão e ampliarão serviços e programas completos de habilitação e reabilitação, particularmente nas áreas de saúde, emprego, educação e serviços sociais, de modo que esses serviços e programas:

a) Comecem no estágio mais precoce possível e sejam baseados em avaliação multidisciplinar das necessidades e pontos fortes de cada pessoa;

b) Apóiem a participação e a inclusão na comunidade e em todos os aspectos da vida social, sejam oferecidos voluntariamente e estejam disponíveis às pessoas com deficiência o mais próximo possível de suas comunidades, inclusive na zona rural.

2. Os Estados Partes promoverão o desenvolvimento da capacitação inicial e continuada de profissionais e de equipes que atuam nos serviços de habilitação e reabilitação.

3. Os Estados Partes promoverão a disponibilidade, o conhecimento e o uso de dispositivos e tecnologias assistivas, projetados para pessoas com deficiência e relacionados com a habilitação e a reabilitação.

A partir das garantias outorgadas pela legislação nacional e internacional, exsurge a temática da acessibilidade, da qual decorre a necessidade das adaptações razoáveis, pois, nos termos do art. 3º, inciso III, da Lei nº. 13.146/2016, trata-se justamente da:

Possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana, como na rural, por pessoal com deficiência ou com mobilidade reduzida.

A Corte IDH considera que a obrigação de garantir a acessibilidade das pessoas com deficiência privadas de liberdade está em conformidade com o princípio da não-discriminação, sendo uma das facetas da proteção à saúde, no sentido de promover adaptações razoáveis necessárias nos centros penitenciários, e, assim, permitir a independência e a igualdade das pessoas com deficiência em relação aos demais detentos (Corte IDH, 2016).

Em arremate, considerou a Corte IDH que, ante a ausência de acessibilidade e de adaptações razoáveis suficientes, a senhora Chinchilla Sandoval foi colocada em situação de detenção incompatível com a proteção à vida e à integridade pessoal, e de discriminação, nos termos dos

artigos 5.1 e 1.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH, 2016).

3. CÁRCERE, SAÚDE E ACESSIBILIDADE: UTOPIA OU POSSIBILIDADE?

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347 MC/DF, reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um "Estado de Coisas Inconstitucional", i.e, um cenário de violação sistêmica e institucionalizada de preceitos fundamentais da Constituição Federal e, concretamente, de direitos fundamentais dos presos, em decorrência da inércia e incapacidade reiterada dos três Podres em promover transformações estruturais e efetivas.

A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das cadeias, delegacias e presídios, configuram tratamento degradante e indigno dos detentos, consubstanciando, na prática, boa parte das penas que a Constituição Federal proibiu: cruéis, degradantes e desumanas. Em síntese, no Brasil, toda prisão é inconstitucional.

Como explicam Oliveira e Martins (2012, p. 291), para se instituir uma efetiva política de atenção à saúde do preso há barreiras sociais, políticas, orçamentárias e culturais que devem ser ultrapassadas:

O caso do sistema penitenciário se agrava à medida que há um aprofundamento da distância dos espaços intra e extramuros. A invisibilidade e a estigmatização feita pelos meios de comunicação de massa mediante a construção do inimigo da sociedade, criando uma visão estereotipada sobre o preso, fomentam um grande sentimento de rejeição coletivo na sociedade. Somados a isso, outros fatores com a perda do direito ao voto e ausência de representação em espaços que exercem controle social das políticas e ações estabelecidas, inclusive para os próprios presos, vislumbram a possibilidade

garantidora do não acesso aos direitos, além de permanecer o controle, configurando a perda da cidadania e da identificação dessas pessoas como cidadãos. Entendendo que os direitos humanos dependem de procedimentos democráticos, e que na falta destes procedimentos “surge a tendência de negar o dissenso ou reprimir sua emergência e de excluir certos grupos da arena político-jurídica, de tal maneira que a institucionalização dos direitos enquanto direito à inclusão e a o dissenso fica prejudicada” (Neves, 2005), é preciso repensar o sistema penal, as legislações que regulamentam o direito à saúde das pessoas presas e que instituem a Política de Atenção à Saúde no Sistema Penitenciário.

Nesse cenário, parece distante pensar numa conjuntura de acessibilidade e de adaptações razoáveis às pessoas com deficiência, se a infra-estrutura prisional brasileira não oferece sequer o mínimo de adequação sanitária às pessoas que estão sob sua custódia.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira é inteiramente compatível com as disposições normativas internacionais, e com aquilo que foi consignado, a partir desta, pela Corte IDH no que diz respeito à atenção à saúde e à acessibilidade das pessoas privadas de liberdade.

Assim, não se sustenta o argumento de ausência de documento normativo pertinente para a não aplicação prática das considerações feitas pela Corte Interamericana na decisão do caso Chinchilla Sandoval *versus* Guatemala ao sistema penitenciário brasileiro.

Ora, sendo a irradiação da força normativa da constituição pelo ordenamento, atualmente, inegável, a Lei de Execuções Penais e as demais normas penais devem ser lidas, a partir das diretrizes constitucionais preceituadas. Além disto, sob o método integrativo da Teoria do Diálogo das Fontes (MARQUES, 2009), deve-se também compatibilizar tais com o

Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) e as Convenções Internacionais.

Considerando a discussão desdobrada neste trabalho acadêmico, espera-se ter expandido o campo de visão do leitor, em relação às pessoas com deficiência, e a persistência da obrigação de concretização de direitos fundamentais a elas assegurados, como o direito à saúde e à acessibilidade, mesmo quando custodiadas pelo Estado no sistema penitenciário.

Aos Poderes da República, de maneira geral, carece firmar o compromisso ético do acolhimento dos grupos marginalizados pelas políticas públicas eleitas - v.g, as pessoas com deficiência, os egressos e custodiados do sistema carcerário, etc - pois a eles também são destinadas as disposições constitucionais, tão importantes para concretização dos direitos fundamentais.

Desse modo, tem-se que a materialização destes direitos depende tão só da ponderação político-econômica do Poder Executivo, ao eleger suas políticas públicas e, por conseguinte, elaborar seus planos e diretrizes orçamentárias, e, ademais, da exegese e da aplicação sistemática das normas pelos operadores do Direito, tanto no âmbito administrativo, como do judiciário.

5. REFERÊNCIAS

Livros

MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Rosco e Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Élida Lúcia Carvalho; OLIVEIRA, Laila Vieira de. Direito à saúde e prisão: um debate entre democracia e disciplina. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NOGUEIRA, Geraldo. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: Conde, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 111-156, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-21-marco-2010-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em 07 de maio de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Notas sobre o Direito Fundamental à Proteção e à Promoção da Saúde na Ordem Jurídico Constitucional Brasileira. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org). *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa (org.). *Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in)efetividade desses direitos: a Constituição de 1988 e suas previsões sociais*. Birigui: Boreal, 2011.

Legislação

BRASIL. Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 10 de julho de 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 04 de junho de 2018.

_____. Decreto nº. 3.956, de 08 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm. Acesso em 10 de junho de 2018.

_____. Decreto nº. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em 20 de julho de 2018.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em 24 de julho de 2018.

OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 20 de julho 2018.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal Pleno. RE 841526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/3/2016 (Repercussão geral). Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4645403&numeroProcesso=841526&classeProcesso=RE&numeroTema=592>>. Acesso em 22 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Tribunal Pleno. ADPF 347 MC/DF, Rek, Min. Marco Aurélio, julgado em 09.09.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 30 de maio de 2018.

Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Chinchilla Sandoval *versus* Guatemala, 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2018.

ESTUDOS SOBRE A TEORIA DO PRECEDENTE JUDICIAL

RICARDO KANEKO TORQUATO: Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Amazonas, Pós-graduado em Direito Tributário e Legislação de Impostos pelo CIESA-AM, graduado e vinculado à Universidade Federal do Amazonas.

RESUMO: Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, o instituto jurídico do precedente judicial, com a sua força expansiva e vinculante, ganhou papel de destaque no pensamento jurídico brasileiro. A rigor, o Novo Sistema Processual tem por objetivo a garantia de organicidade, coerência e coesão entre as decisões judiciais, seus órgãos prolatadores e a própria sociedade, garantindo sintonia fina com a Constituição Federal. Conhecer, ainda que de modo singelo, a Teoria do Precedente e suas principais implicações é de suma importância. Esse estudo se destina aos principais pontos doutrinários dessa teoria, sem maiores considerações sobre o direito positivo.

PALAVRAS-CHAVE: Precedente judicial. Força expansiva. Eficácia Vinculante. Racionalização orgânica. Superação e diferenciação.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Eficácia Jurídica do Precedente 3 Confronto, Interpretação e Aplicação do Precedente: o *distinguishing* 4 Superação do Precedente 5 Súmula Vinculante 6 Considerações Finais 7 Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Fruto do pensamento jurídico do *common law* – mas a ele não limitado –, tem por base a teoria do *stare decisis*, pela qual o precedente judicial possui eficácia vinculante não só para a Corte que o proferiu, mas, também, para os juízos hierarquicamente inferiores – o que se denomina de eficácia *vertical* do precedente.

Stare decisis é uma expressão latina que indica uma espécie de ordem no sentido de manter, efetivamente a decisão e não desvirtuar os fundamentos daquela norma jurídica. É típica do constitucionalismo estadunidense, significando que os julgados de um tribunal superior vinculam todos os órgãos judiciais inferiores, no âmbito da mesma jurisdição.

Precedente é fato jurídico manifestado pela decisão tomada à luz de um caso concreto, composto pelas circunstâncias de fato que fundamentam a controvérsia e pela tese ou princípio assentado na motivação (fundamentação), cujo núcleo essencial – a *ratio decidendi* – pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. É a chamada eficácia obrigatória (ou persuasiva) do precedente.

Ratio decidendi são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, composta pela indicação dos fatos relevantes para a causa, pelo raciocínio lógico-jurídico da decisão e pelo juízo decisório. É a tese jurídica, exposta na *fundamentação* do julgado – não se confundindo com essa, mas nela se encontrando –, sendo base para a conclusão a que se chegará no *dispositivo*. É norma geral, criada a partir da análise do caso concreto, que pode servir de indicativo a demandas semelhantes.

Isto é, são os *motivos determinantes* da decisão; que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal – Corte Constitucional e órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, a quem compete, precipuamente, a guarda e efetividade da Constituição, bem como a uniformização da jurisprudência nacional em matéria constitucional –, desenvolvem natural eficácia vinculante e expansiva, seja em controle abstrato-principal, seja em controle concreto-incidental de constitucionalidade (SARLET, 2012, p. 861).

Incumbe reforçar, de modo que se esclareça adequadamente a compreensão da razão de decidir, que seu propósito fundamental ultrapassa a *segurança jurídica das partes* – não se esgotando, puramente, com a formação da coisa julgada material. Vai além. À razão de decidir, importa, da mesma forma, a *segurança dos jurisdicionados*, entendida de modo abstrato. O grau de previsibilidade e confiança que se deposita – ou deveria – na instituição judiciária, nas decisões do Poder Judiciário.

Em resumo, ainda sobre a força vinculativa do "precedente" – que, rigorosamente, é da *ratio decidendi* –, só se pode considerar *ratio decidendi* a opção hermenêutica que, a despeito de elaborada para um caso concreto, tem aptidão para ser universalizada – o que, no direito comparado, denomina-se *holding*.

O precedente pode ser *declarativo*, quando reconhece e aplica norma previamente existente, ou *criativo*, quando inova, criando e aplicando norma jurídica.

2. EFICÁCIA JURÍDICA DO PRECEDENTE

A despeito de sua natureza, vista acima, o precedente é instituto jurídico afeto ao direito positivo.

Desta feita, identificam-se, no ordenamento jurídico brasileiro, três tipos de eficácia: a) a vinculante ou obrigatória; b) a obstativa de revisão de decisões, que obstaculiza a apreciação de recursos ou a remessa necessária; e c) a persuasiva, que, sem conter força vinculante, *indica* uma solução adequada.

Por eficácia vinculante ou obrigatória – no direito comparado, denominada *binding effect* –, entende-se aquela que submete, que vincula julgados outros que, em situações análogas, forem-lhe supervenientes. Trata-se da manutenção de coerência lógico-estrutural entre as decisões e os próprios órgãos jurisdicionais, em face de demandas que contenham a mesma relação (ou questão) jurídica. Servem de exemplo a técnica da súmula vinculante, bem como os precedentes do STF em controle difuso de constitucionalidade e a decisão que fixa a tese para os recursos excepcionais (Extraordinário e Especial) repetitivos.

Alertando-nos da falta de tradição dos precedentes nos ordenamentos do *civil Law* – sobretudo, quando se percebe um reconhecimento indubitado de eficácia obrigatória aos precedentes –, Luiz Guilherme MARINONI expõe as razões da necessidade de extensão do dever de fundamentar também à fundamentação das decisões (SARLET *et al.* 2012, p. 852-854).

A técnica da eficácia vinculante da fundamentação se funda na ideia de que, na decisão, não só o dispositivo, mas também os fundamentos devem adquirir estabilidade, devendo, por isto, ser realçados e externados com eficácia vinculante. A eficácia vinculante da fundamentação, indiscutivelmente essencial para o tribunal constitucional cumprir o seu papel, é uma técnica jurídico-processual que tem como premissa a importância de respeito aos precedentes e aos seus fundamentos

E arremata o respeitado jurista brasileiro:

Aliás, não haveria sentido que, em um sistema fundado no direito à igualdade das decisões, na segurança jurídica e na previsibilidade das decisões judiciais, os precedentes constitucionais não fossem respeitados

3. CONFRONTO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO PRECEDENTE: *DISTINGUISHING*

Na análise de um caso concreto, o juiz pode se deparar com situação em que o caso em julgamento e o respectivo paradigma (precedente) são distintos, diferentes. Entende-se por *distinguishing* a existência de uma distinção fática ou jurídica entre determinado caso em análise e o *case* que originou o precedente utilizado como paradigma.

Em uma situação como essa, poderá o juiz: **a)** dar à *ratio* uma interpretação restritiva, por entender que as peculiaridades do caso concreto impedem a incidência do precedente (*restrictive distinguishing*); ou **b)** estender ao caso concreto a solução do precedente (*ampliative distinguishing*), como nos ensina, em suas brilhantes lições, o ilustre professor Fredie Didier (DIDIER *et al*, 2012, p. 350).

Logo, *distinguishing* é tanto *método* de comparação caso concreto-paradigma quanto *solução*, *resultado*. É o que, nos Estados Unidos da

América do Norte – ordenamento em que a teoria do precedente encontra sólido desenvolvimento –, se denomina de *interpretação do precedente*. Indica, em verdade, técnica por meio de que o juiz verifica a aplicação do precedente ao caso em que se debruça. Isto é, “mais do que interpretar, raciocina por analogia” (SARLET, 2012, p. 855).

Contudo, se, nessa apreciação do caso concreto, a questão está sendo enfrentada pela primeira vez, há o que se conhece por *hard case* (caso difícil). Ante essa circunstância inédita, o mérito deverá ser julgado, necessariamente. Pouco importa se há, ou não, o uso de precedentes judiciais.

Interessa-nos, sobretudo, a compreensão de que o adequado uso da comentada técnica do *distinguishing* serve de conformação a um dos mais importantes princípios constitucionais: o do devido processo legal – no particular, ao contraditório.

Quer-se dizer, em que pesem respeitadas teses no sentido de que, com a garantia de eficácia vinculativa e geral às decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, estar-se-ia ferindo – ou mesmo eliminando – o exercício do contraditório, entendemos que, justamente, por meio do *distinguishing*, se existente qualquer elemento que desnature e impossibilite a aplicação do precedente-paradigma ao caso concreto, o órgão jurisdicional pode – antes, deve – afastar a incidência do precedente, fixando, ao caso concreto, a norma jurídica que melhor resolve a demanda.

Portanto, longe de representar qualquer agressão ao devido processo, as conclusões aqui sustentadas servem de tutela ao próprio contraditório, reforçando, efetivamente, o *due process of Law*. Dá força normativa em bloco à Constituição.

Vejam-se, ainda, outras técnicas que permitem e conformam o exercício amplo e adequado do princípio constitucional do devido processo.

4. SUPERAÇÃO DO PRECEDENTE

O Neoconstitucionalismo trouxe ferramentas interessantes quanto à necessidade de se evitar o engessamento do ordenamento jurídico; adequando-o ao evoluir do tempo e da sociedade.

A superação do precedente, nesse cotejo, indica técnicas por meio das quais se evita a petrificação do Direito, complementando e ajustando o ordenamento. Dessarte, evidencia-se que a força vinculante do precedente não impede que determinada tese dominante possa ser superada pela normatização pretoriana.

Inicialmente, a técnica conhecida por *overruling*, que permite a substituição de um precedente que perdeu sua força vinculante, de modo expresso (*express overruling*) ou tácito (*implied overruling*).

Em relação à eficácia das decisões que se utilizam do *overruling* para superar determinado precedente, poderá ser *ex tunc* ou retroativa (*retrospective overruling*), caso em que o precedente substituído não poderá embasar nem mesmo situações anteriores à substituição, desde que ainda não decididas.

Há, também, a *anticipatory overruling*, espécie de não aplicação preventiva, por órgãos inferiores, do precedente firmado por Corte superior, no caso de alteração (ainda que não expressa) de entendimento quanto a precedente anterior.

Em outros termos, “não há revogação antecipada, mas uma antecipação dos efeitos da revogação, por juízo de probabilidade” (DIDIER, 2012, p. 367). Não se confunde, porém, a denominada *reversal*, que indica a reforma de uma decisão de órgão inferior pela Corte superior.

Há também o *overriding*, espécie de revogação parcial do precedente, em que o tribunal apenas limita o âmbito de incidência da *ratio*, em função da superveniência de uma regra ou um princípio.

Natural que, em virtude da substituição de um precedente, essa decisão exige uma carga maior de motivação e justificação da superação, em conformidade à Constituição de 1988.

O Judiciário sujeita-se ao princípio da não-surpresa – corolário do princípio da confiança – por meio de que o jurisdicionado, agindo de boa fé, deposita na conduta da Administração – bem como do próprio Judiciário –, donde extrai legítimas expectativas.

Portanto, fala-se em irretroatividade do Direito (em que se incluem os precedentes), e não somente da lei. Desse modo, se a alteração jurisprudencial puder afetar a estabilidade das relações jurídicas formadas e construídas sob a égide de um velho posicionamento – em relação com o princípio da segurança jurídica –, é perfeitamente possível que o tribunal adote, para o caso concreto, bem como para os pendentes de julgamento que se relacionem a fatos pretéritos, o entendimento já consolidado; anunciando, porém, para as situações futuras, a mudança de entendimento, ou paradigmática.

É o que se conhece por técnica da sinalização ou aviso (*signaling* ou *caveat*).

5. SÚMULA VINCULANTE

Enunciado sumular, previsto no Art. 103-A da CF/88, caracterizado, principalmente, pelo efeito *vinculante* em relação ao próprio STF, órgão constitucionalmente competente à edição, e demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública direta e indireta das três esferas, a partir da publicação em seção especial do DJ e do DOU.

O objeto da Súmula Vinculante é restrito: somente matéria constitucional, quanto à interpretação ou verificação da validade ou da eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre esses e a Administração, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos.

A competência para elaborá-la é, sem embargos, do STF. Em relação à edição, revisão ou cancelamento, contudo, há mais legitimados à iniciativa: a) os tribunais brasileiros; b) os legitimados à propositura de Ação Direita de Inconstitucionalidade.

O Min. Gilmar Mendes, em seu *Curso*, é enfático (MENDES, 2009, p. 1.139):

Não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão de execução pelo Senado. É que essa súmula conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico (falta de eficácia geral da decisão declaratória de inconstitucionalidade). Tem-se efeito vinculante da súmula, que obrigará a Administração a não mais aplicar a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade (nem a orientação que dela se deduz), sem eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade

Convém, nesse instante, um alerta. Antes de indicar qualquer resistência ao reconhecimento da natural vocação expansiva e vinculante da eficácia das decisões do STF, a previsão da súmula vinculante indica mais um reforço a essa tese.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme MARINONI, para quem (SARLET *et al*, 2012, p. 850):

O sistema de súmulas, como *única e indispensável* forma para a vinculação dos juízes, é contraditório com o fundamento que, embora não explícito, justifica o respeito obrigatório aos precedentes constitucionais. O que impõe o respeito aos precedentes é a igualdade, a segurança jurídica e a previsibilidade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sustentamos, dessa forma, e com arrimo nas próprias concretizações do legislador brasileiro, a necessidade de observância obrigatória aos precedentes dos STF, ainda que em controle incidental-difuso de constitucionalidade, como decorrência lógica da força normativa em bloco da Constituição e da racionalização orgânica do Judiciário brasileiro.

Inclusive, deve-se observar, que o procedimento para a declaração de inconstitucionalidade perante o Pleno do STF é, praticamente, o mesmo para os modelos principal e incidental, de modo que a doutrina indica ser impossível estabelecer qualquer discrepância em relação aos efeitos que deles advêm (SARLET, 2012, p. 849)

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 851, 1º/11/2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto/asp?id=7547>. Acesso em: 13 de Novembro de 2009

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968

CALAMANDREI, Piero. **La sentenza civile como mezzo di prova. Opere giuridiche, Opere giuridiche – a cura di Mauro Cappelletti**. Napoli: Morano Editore, 1965, v. 5

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Leituras Complementares de Processo Civil**. Fredie Didier Jr (org.), 9ª ed., ver., amp., e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Hiltomar Martins Oliveira (trad.). São Paulo: Classicbook, 2000, v. 1.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; e NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (coord.). **Teoria Quinária da Ação: Estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. Volume 2, 7ª Ed. rev. atual. e amp. Salvador: Editora JusPodivm, 2012

DIDIER, Fredie Jr. DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 10ª ed. rev. ampl. Atual. Salvador: JusPodivm, 2012,

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. Cambridge, Harvard University Press, 1980

HESSE, Konrad. **Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade. A Força dos Precedentes**. Luiz Guilherme Marinoni (coord.). Salvador: JusPodivm, 2010,

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet; e COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009,

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 5. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **“O que deve e o que não deve figurar na Sentença”**, in Temas de Direito Processual, 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUSTEIN, Cass. **One Case at a Time – Judicial minimalismo n the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: RT, 2011

ZAVASCKI, Teoria Albino. **Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados**. in Leituras complementares de processo civil. 3ª Ed. Fredie Didier Jr (org.). Salvador: JusPodivm, 2011.

_____; **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012

O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES E OS PRECEDENTES DO SISTEMA COMMON LAW

MARIA FERNANDA VIANEZ DE CASTRO E CAVALCANTI: Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM/2017). Pós-graduanda em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

Resumo: O presente trabalho científico tem como finalidade fazer uma análise acerca do sistema de precedentes e sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, analisar-se-á os dois grandes sistemas jurídicos, quais sejam o *common law* e o *civil law*, se examinando os seus contextos históricos e pontuando a aplicação do sistema de precedentes em cada um deles. Ademais, far-se-á uma incursão nos dispositivos legais responsáveis pela instituição do sistema de precedentes no Brasil.

Palavras-chave: *Common law* e *civil law*. Sistema de precedentes. Novo Código de Processo Civil. Segurança jurídica. Isonomia.

Abstract: The present scientific article has the purpose of analyzing the system of precedents and its application in the legal order of the country. Thus, the two major legal systems, common law and civil law, will be analyzed by exploring their historical contexts and emphasizing the application of the precedent system in each of them. Furthermore, an incursion will be made in the legal dispositions responsible for the institution of the system of precedents in Brazil.

Keywords: Common law and civil law. System of precedents. New code of civil procedure. Legal security. Isonomy.

Sumário: Introdução. 1. O *Common Law* e o *Civil Law* tradicionais: distinções. 2. O sistema de precedentes no *Common Law*. 3. A necessidade de um sistema de precedentes brasileiro e sua evolução. 4. O precedente brasileiro do NCPC vs. o precedente do *common law*. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

O Direito tem como finalidade regular a vida em sociedade, estabelecendo normas de comportamento para os jurisdicionados que a elas deverão se adequar, sob pena de sofrer as sanções previstas no ordenamento jurídico. É natural, nesse contexto, que as normas de comportamento sejam previamente estabelecidas, com o fito de garantir segurança jurídica aos jurisdicionados e promover a necessária igualdade entre os cidadãos.

Essa necessidade de estabelecimento prévio das normas aplicáveis também é importante no âmbito das decisões judiciais, com a finalidade de evitar que o mesmo Poder Judiciário dê decisões díspares em casos com similitude fática. Assim, de modo a se concretizar a segurança jurídica necessária no âmbito das decisões judiciais, criou-se a sistemática de precedentes, que atualmente está plenamente em vigor no ordenamento jurídico brasileiro por força do Código de Processo Civil de 2015.

Antes de adentrar na discussão de como funciona o sistema brasileiro de precedentes e de como é a sistemática nos países que adotam a *common law*, é imprescindível entender como se desenvolveram historicamente os dois grandes modelos, o *civil law* e o *common law*.

O surgimento dos dois sistemas ocorreu de maneira muito distinta, pois, enquanto o *civil law* surgiu de uma revolução ou ruptura com o modelo anterior, o *common law* nasceu devagar e de maneira prolongada no tempo. Essa diferença é fundamental para se compreender a extrema valorização da lei escrita no *civil law* e a opção pela lei costumeira no *common law*, como será visto posteriormente.

Adiante, adentrar-se-á no sistema de precedentes adotado no *common law*. Nesse ponto, é importante destacar que o *stare decisis*^[1], ou seja, a vinculação dos precedentes, não deve ser confundido com o próprio *common law*, visto que os precedentes surgiram para otimizar o *common law* e não para substituí-lo.

Além disso, será feita uma análise sobre o sistema brasileiro, inspirado na *civil law*, e a sua compatibilidade com o sistema de precedentes, especialmente diante do advento do Código de Processo Civil de 2015.

1. O *Common Law* e o *Civil Law* tradicionais: distinções

Para compreender claramente dos modelos, é necessário se buscar as suas origens históricas para que se possa identificar as suas diferenças e as semelhanças.

A tradição jurídica do *Civil Law* tem como marco histórico consolidador a Revolução Francesa, insurreição representativa de súbito rompimento com a ordem política e jurídica anterior, tanto na França como em todo o mundo ocidental. O sentimento na França, à época, era de descontentamento com a arbitrariedade das decisões judiciais, tendo em vista que os juízes aplicavam as normas da forma que bem entendiam, pautando-se nos seus próprios interesses. Diante de um Judiciário tão arbitrário, seria impossível que os preceitos da revolução pudessem prosperar caso não houvesse uma mudança rigorosa, no sentido de positivar claramente critérios para as decisões judiciais.

Nessa conjuntura, nasceu um novo sistema, cujo objetivo era pôr fim à manipulação do direito e à desigualdade de tratamento na esfera judicial. Controlar a atuação dos magistrados parecia necessário para manterem-se vivos os ideais revolucionários. Assim, diante da falta de confiança do Parlamento no Judiciário, nasceu, ainda de forma primitiva, o sistema jurídico *Civil Law*, que limitou a atuação dos juízes à aplicação puramente literal da lei. As normas positivadas limitavam de tal modo a atuação dos julgadores, que ficaram eles conhecidos como a “boca da lei”, porquanto lhes era proibida qualquer forma de interpretação ou criação intelectual (GALIO, 2014).

Naturalmente, com o passar do tempo, percebeu-se que aplicar tão somente a literalidade da lei não era eficaz em diversas situações. Sabe-se ser impossível ao texto da lei a previsão e disciplina de todas as possibilidades das relações interpessoais, sociais e econômicas, sendo necessário que o juiz decida de acordo com as especificidades de cada

caso. Além disso, é inegável que a impossibilidade de interpretação pelo magistrado engessa o ordenamento jurídico, o que torna, em regra, a lei ultrapassada e inutilizada com mais facilidade e mais depressa. Assim, nos dias atuais, o sistema *civil law* não só admite a interpretação do juiz, mas a eleva a um patamar de requisito fundamental para a devida aplicação no caso concreto. Porém, no modelo em discussão, prevalece a incidência do texto legal escrito em detrimento dos costumes, que sempre têm papel secundário nas decisões.

Por outro lado, a sistemática do *commom law* teve origem e desdobramento extremamente distintos do modelo *civil law*. No período anterior à conquista da Inglaterra pelos normandos, era aplicado o costume de cada localidade para solucionar os conflitos, não havendo, portanto, uma jurisdição unificada na Inglaterra. Com a chegada dos normandos, criou-se um sistema único, um direito comum a todos, cuja competência para aplicação era atribuída aos Tribunais Reais de Justiça, conhecidos como Tribunais de Westminster^[2].

O sistema *common law*, pautado no direito costumeiro, se ajusta às mudanças da realidade social de cada época de maneira lenta e prolongada no tempo (WAMBIER, 2009). Tendo em vista que não houve rompimento abrupto com qualquer ordem anterior ou outro momento revolucionário, o *common law* sempre teve como premissa a utilização de casos reais como fonte do direito^[3], valorizando a norma jurisprudencial em detrimento da norma escrita.

Cumprе destacar que a diferença entre os sistemas não reside somente na codificação (ou ausência dela) de normas. É preciso resistir à tentação da simplificação pura. Por óbvio, no *common law* também há substancial atividade legislativa. Por exemplo, nos Estados Unidos, país que adota a *common law*, há um fenômeno chamado de *staturification* do direito, que faz alusão ao termo *statute*, que significa nada menos que lei (ABBOUD e STRECK, 2013).

A distinção está, portanto, na valorização e na importância dos códigos e da jurisprudência em cada modelo jurídico. No *civil law*, preferem-se as leis à interpretação do magistrado, ao passo que

na *common law*, valoriza-se a jurisprudência e a interpretação do juiz, tendo as leis escritas papel secundário (MARINONI, 2016).

Georges Abboud e Lenio Streck (2013) preconizam outra relevante diferença entre os dois sistemas:

Além da posição ocupada pela legislação em cada um dos sistemas, outro fator diferenciador a ser apontado é o modelo de aplicação do direito de cada um desses sistemas, *case law vs. code law*. As técnicas de interpretação do direito escrito estão fundadas em uma tradição histórica muito antiga, e, dessa forma, elas recorriam às instituições jurídicas para solucionar seus casos, o *common law*, por sua vez, elabora suas decisões em função das casuísticas dos tribunais de Justiça, e não sobre as instituições jurídicas, frutos de longa tradição histórica e da dogmática jurídica.

Diante disso, há de se reconhecer que, apesar das acentuadas diferenças entre as sistemáticas, há também similitudes, não sendo elas, portanto, completamente opostas e sem qualquer correlação.

E é exatamente no espectro das similitudes que reside o sistema de precedentes, que não pode ser apropriado exclusivamente por qualquer dos dois modelos, mas compartilhado como meio processual mais eficiente de solução de demandas judiciais, embora com perspectivas distintas em relação à fonte do direito.

2. O sistema de precedentes no *Common Law*

A adoção dos precedentes surgiu no sistema *common law* como maneira de atender à igualdade, conferir previsibilidade às decisões e garantir segurança jurídica aos litigantes. Baseado neste tripé fundamental, a sistemática não afasta a premissa segundo a qual os casos nunca são idênticos, mas peculiares. Apesar de casos nunca totalmente idênticos, algumas características relevantes das relações jurídicas colocadas sob julgamento possuem similitudes. Assim, havendo identidade entre essas

características no caso novo e no caso em qual se formou o precedente, deverá o precedente ser aplicado.

A teoria exposta garante vinculatividade aos precedentes, isto é, mesmo quando o magistrado decide com base na lei escrita – pois, como já destacado, existe lei escrita no *common law* – fica obrigado a adotar a interpretação conferida no precedente. Portanto, o precedente deve sempre ser seguido, exceto se houver uma razão verdadeiramente relevante para que não seja aplicado, como no caso do *distinguishing* e do *overruling*^[4], técnicas que serão exploradas posteriormente.

As decisões judiciais são compostas por dois elementos: a *ratio decidendi* e a *obiter dicta*. A primeira diz respeito à razão de decidir do magistrado, os motivos que o levaram a decidir daquela maneira. É com base na *ratio decidendi* que se forma o precedente e, por isso, ela é considerada o seu núcleo. Por outro lado, a *obiter dicta* é apenas aquilo que tem relevância persuasiva, não sendo levada em consideração para a formação do precedente (WAMBIER, 2009).

Acerca da *ratio decidendi*, Fredie Didier Jr. (2008) ensina:

Porque produzida a partir do caso concreto, a *ratio decidendi* não pode ter algumas características que normalmente aparecem no Direito Legislado. Por exemplo: não há razão para que, na formulação da *ratio decidendi*, se ponham termos de sentido vago. A vagueza na proposição normativa jurisprudencial é um contra-senso: nascida a partir da necessidade de dar concretude aos termos vagos, abertos, gerais e abstratos do Direito Legislado, a *ratio decidendi* deve ser formulada com termos de aceção precisa, para que não crie dúvidas quanto à sua aplicação em casos futuros.

Ao contrário do que se possa pensar em princípio, o sistema de precedentes no *common law* é um sistema rígido e pouco flexível. Na

Inglaterra, por exemplo, até a década de 1960, a *House of Lords*^[5] não podia modificar os seus próprios precedentes. Em diversas decisões proferidas pela Corte, se percebia a aplicação de precedentes extremamente antigos, alguns chegavam a ultrapassar 500 anos de existência. Essa rigidez exacerbada trouxe os mesmos problemas advindos da rigidez da *civil law*: a fossilização do direito. As relações jurídicas mudam como passar do tempo, e, dessa forma, também mudam os costumes. É certo que o direito deve acompanhar as transições e a rigidez da vinculação aos precedentes, conhecida como *stare decisis*, não conseguia atender às necessidades da sociedade (WAMBIER, 2009).

Dito isso, conforme a doutrina de Marinoni (2016), é necessário reconhecer que o *stare decisis* é um elemento existente no sistema *common law* e não se confunde com o próprio sistema, uma vez que a sistemática do *common law* existe há muito mais tempo do que o *stare decisis*, ou seja, do que a vinculação dos precedentes. Assim, o *common law* é baseado nos costumes e, para garantir igualdade e segurança jurídica, se criou, nesse sistema, o instrumento de vinculação dos precedentes.

Diante dessa problemática, surgiu, na década de 1960, uma nova corrente na *House of Lords*, o *practice statement*. Apesar de muito criticada inicialmente pelos conservadores, a nova prática permitiu que a corte não estivesse vinculada aos próprios precedentes (WAMBIER, 2009). Essa não vinculação certamente não é absoluta, pois a corte somente não está obrigada a aplicar o precedente em caso de sua superação (*overruling*) ou em caso de distinção do caso novo (*distinguishing*).

Utilizados mais em alguns países, como os Estados Unidos, do que em outros, como a Inglaterra, as técnicas de *overruling* e *distinguishing* garantem uma margem de liberdade ao julgador quando estão diante de um caso concreto. O *overruling* ocorre quando se declara um precedente superado, pois surge a necessidade da sua mudança diante da realidade social. Assim, cria-se um novo precedente que deverá ser aplicado nos novos casos que se formarem. É com a técnica do *overruling* que se evita o engessamento do direito e que se garante a sua adaptação às constantes mudanças sociais. Salienta-se que, para a

utilização desse método, não existe a necessidade de o precedente superado ser antigo, podendo ser aplicado o *overruling* a um precedente datado de 500 anos ou a um precedente criado há poucos meses. Tudo irá depender na necessidade de adaptação à nova realidade (DONIZETTI, 2015).

Por outro lado, a técnica do *distinguishing* não declara o precedente superado, ocorrendo apenas uma minimização de sua amplitude. Assim, o julgador menciona o precedente e fundamenta que o caso novo traz alguma peculiaridade relevante que não existia no caso que formou o precedente, de modo a afastar a sua aplicação.

É possível observar que, aos precedentes, é dado um papel de destaque na sistemática dos países de *common law*. A formação histórica desse sistema não quer dizer, no entanto, que os precedentes serão sempre imutáveis. Para evitar a fossilização do direito, é possível que, ou se supere um precedente, aplicando a técnica do *overruling*, ou que se adapte o precedente para atender às peculiaridades do caso concreto, aplicando a técnica do *distinguishing*.

Ademais, é possível verificar que a técnica de aplicação de precedentes não se confunde com a sistemática do *common law*, muito embora a técnica dos precedentes tenha suas raízes históricas nesse sistema. Com efeito, a *stare decisis* tem seu berço no *common law* pelo fato de este sistema, baseado nos costumes, exigir algum mecanismo que garanta segurança jurídica, estabilidade e isonomia às decisões judiciais.

3. A necessidade de um sistema de precedentes brasileiro e sua evolução

Como já salientado, a técnica de aplicação de precedentes não se confunde com o sistema em que ele nasceu, qual seja, o *common law*. Importa agora saber se o ordenamento jurídico brasileiro, fundado no sistema *civil law*, admite e, até mesmo, exige a técnica de aplicação de precedentes obrigatórios.

A jurisprudência sempre existiu no Brasil e é comum nos sistemas de *civil law*. Tal instituto não se confunde com os precedentes, tendo em vista de que se trata apenas de uma tendência reiterada nas decisões judiciais, possuindo, em uma visão mais tradicional, caráter meramente persuasivo e não vinculativo, como nos precedentes. É natural que ao direito jurisprudencial seja dado grande importância, mas essa importância é secundária, visto que a jurisprudência é fonte indireta do direito.

Ademais, a jurisprudência se forma gradativamente a partir de reiteradas decisões, ao passo de que precedentes podem surgir de uma única decisão, bastando um caso piloto para criar ou alterar uma tese jurídica, formando, assim, um precedente (ZANETI JR., 2014).

Similarmente, não se deve confundir precedente com decisão judicial, visto que nem toda decisão judicial se constitui em precedente, mesmo que seja proferida no âmbito de um tribunal superior. Sempre que uma decisão aplicar a subsunção da lei ao caso concreto ou aplicar um precedente já existente, sem fazer qualquer distinção ou especificação nova, não haverá a formação de um novo precedente.

É necessário destacar, compreendidas as distinções feitas acima, que, no Brasil, o sistema adotado é o *civil law*, com uma peculiaridade: o controle de constitucionalidade é atribuído a qualquer juiz ou tribunal na via difusa, sendo, portanto, um sistema misto de controle de constitucionalidade. Essa peculiaridade distingue o sistema brasileiro do sistema tradicional de *civil law*, que tem como característica originária o fato do controle de constitucionalidade não competir, nem mesmo na via difusa, às instâncias ordinárias.

Essa particularidade do sistema brasileiro deixa claro que o julgador possui grande discricionariedade, pois pode decidir conforme entender ser correta a interpretação das leis. É latente a percepção de que essa discricionariedade confere instabilidade nas relações jurídicas, pois cada magistrado pode dar uma interpretação diferente para o mesmo dispositivo legal ou constitucional, tornando o Judiciário uma verdadeira loteria.

Dessa maneira, é imprescindível que haja um sistema de precedentes no Brasil, para que exista previsibilidade das decisões e, conseqüentemente, maior segurança às relações jurídicas. O efeito do sistema de precedentes desencoraja a litigiosidade e garante uma prestação jurisdicional de qualidade e verdadeira efetividade.

Em frente, dizer que há a possibilidade do controle de constitucionalidade a todo e qualquer magistrado na via difusa, não significa que as instâncias inferiores não devem respeito às decisões proferidas no Supremo, pois a ele é atribuída a última manifestação acerca da constitucionalidade ou não de uma lei federal (MARINONI, 2016).

Além do controle misto de constitucionalidade, no sistema *civil law* brasileiro, existem instrumentos utilizados pelo próprio legislador para permitir maior flexibilidade na lei, garantindo, portanto, a possibilidade de interpretação do magistrado em cada situação concreta. Tais instrumentos se tratam de normas abertas e conceitos indeterminados. É dado ao julgador a atribuição de preencher o significado de tais normas e conceitos, mediante decisão fundamentada.

Em suma, sabe-se que a lei é insuficiente diante das inúmeras possibilidades de casos concretos, motivo pelo qual é conferida essa lacuna para o juiz complementar a lei, conforme cada situação. Como exemplo de conceito indeterminado, pode-se citar a boa-fé (BERNARDES E THOMÉ, 2013). Não é possível exprimir exatamente o que significa esse termo, é necessário analisá-lo em cada situação concreta para atribuir o seu significado.

Esses instrumentos de interpretação dados ao julgador, demonstram novamente a necessidade de um sistema de precedentes. Não pode um determinado juiz atribuir um significado para função social em um caso concreto e outro magistrado atribuir outro conceito para o mesmo termo em um caso idêntico. A função do julgador no sistema brasileiro é muito maior do que simplesmente aplicar a lei em seu sentido literal, há a necessidade de interpretação para atingir a verdadeira justiça e igualdade material, pois a igualdade formal não basta para garantir a isonomia.

É importante compreender que as normas abertas e os conceitos indeterminados são liberdades atribuídas ao Judiciário de maneira geral, não ao juiz individualmente, razão pela qual os precedentes são necessários para preencher tais normas abertas e tais conceitos indeterminados, não deixando lacunas que permitam cada magistrado atribuir o conceito que bem entender, de modo a se evitar a insegurança jurídica e desigualdade de tratamento (WAMBIER, 2009).

Demonstrada a necessidade de um sistema de precedentes no ordenamento brasileiro, deve-se mencionar que já se observava uma tendência à adoção dessa sistemática desde a década de 1990. Com Lei Federal n. 9.868 de 1999, nasceu um dos primeiros traços desse sistema, quando se atribuiu, no seu parágrafo único do art. 28, o efeito vinculante às decisões proferidas em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade e de Ação Direta de Inconstitucionalidade, no controle concentrado.

Apesar disso, foi somente em 2004, com a Emenda Constitucional n. 45, que se notou expressiva tendência à adoção dos precedentes no Brasil, com a introdução das súmulas vinculantes e da de repercussão geral nos recursos extraordinários dirigidos ao STF.

Na visão de Georges Abboud e Lenio Streck (2013), as súmulas vinculantes não seriam precedentes. Isto porque precedente é norma, sendo, assim, resultado de uma interpretação judicial que se concretiza no dispositivo da sentença. Por outro lado, as súmulas, vinculantes ou não, são abstratas e anteriores à decisão judicial, não devendo ser consideradas normas, pois carecem de interpretação. Dessa forma, os precedentes teriam caráter de norma e as súmulas seriam apenas enunciados normativos criados pelo STF. Por serem enunciados normativos, sua aplicação se daria por subsunção, ou seja, não se levaria em consideração o caso concreto e suas peculiaridades. Assim, as súmulas vinculantes seriam instrumentos que teriam como função transformar casos difíceis em casos fáceis, criando um fenômeno de mecanização da atividade jurisdicional.

Em concordância neste ponto, Marinoni (2016) diz que, vinculantes ou não, as súmulas apenas se preocupam com a adequada

delimitação de um enunciado jurídico, de forma a neutralizar as circunstâncias dos casos que levaram à sua criação.

Dessa forma, apesar de ser um importante indicativo de que havia uma tendência a adotar um sistema de precedentes, as súmulas vinculantes não devem ser confundidas com a própria sistemática de precedentes, tendo em vista que o poder vinculante da súmula não é o mesmo que a autonomia dos enunciados em relação aos precedentes que lhe deram origem (MOTTA e PERTENCE, 2013).

4. O precedente brasileiro do NCPC vs. o precedente do *common law*

No código de processo civil atual, um dos principais dispositivos que trata sobre precedentes é o art. 927^[6], que obriga, em seus incisos, aos juízes e tribunais a observância estrita das decisões em controle concentrado exaradas pelo STF, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em resolução de demandas repetitivas e, em incidente de assunção de competência, os acórdãos que julgarem recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados sumulares não vinculantes criados no STF e no STJ e a orientação do plenário ou do órgão especial ao qual os juízes estiverem vinculados. Não são todas as decisões elencadas nos incisos do referido artigo que firmam precedentes, mas somente as decisões proferidas no controle concentrado e os precedentes estabelecidos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (ZANETI JR., 2014).

Ainda, acerca do mesmo artigo, é necessário destacar que o rol nele estabelecido é meramente exemplificativo, visto que é atribuição conferida pela Constituição Federal a conservação da unidade do direito constitucional e infraconstitucional ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, respectivamente (MARINONI, 2016).

Em relação à problemática das súmulas e sua criação de forma abstrata, o parágrafo 2º do art. 926 trouxe a solução: ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação. Ou seja, o enunciado sumular

deve trazer consigo os motivos determinantes que levaram a criação daquela súmula.

Adiante, no parágrafo 5º do já mencionado art. 927, atribui a necessidade da publicidade dos precedentes. Essa publicidade é uma maneira de preservar a segurança jurídica dos litigantes, que já saberão o que esperar das decisões do Judiciário.

Destacada menção deve ser feita ao parágrafo único do art. 998, o qual permite que recursos extraordinários ou especiais repetitivos sejam analisados mesmo se houver desistência das partes, desde que a repercussão geral já tenha sido reconhecida. Esse dispositivo visa a criação de precedentes para casos repetitivos em que haja relevância social, política ou econômica, na qual a desistência resulta somente na ineficácia da decisão para as partes, mas não para a formação de precedente.

Ademais, os incisos do parágrafo 1º do art. 489 trazem a noção do que não seria uma sentença fundamentada. Dentre eles, o inciso V considera decisão não fundamentada aquela que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Isto é, não basta simplesmente que o julgador mencione um precedente ou uma súmula sem demonstrar que a *ratio decidendi* utilizada na sua criação é compatível com o caso concreto analisado.

Por outro lado, inciso VI do mesmo artigo reputa não fundamentada a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, em expressa menção das técnicas do *distinguishing* e *overruling*, importadas do sistema de precedentes da *common law*. É possível observar, em análise de ambos os incisos, que, de qualquer forma, dever-se-á mencionar o precedente existente e a sua *ratio decidendi*, seja para aplicá-lo, seja para não o aplicar.

Por fim, o parágrafo 4º do mesmo art. 927 traz a figura de outra técnica utilizada no *common law*, a técnica do *overruling*, utilizada para

superar um precedente que não seja mais adequado à realidade social. O mencionado parágrafo estabelece que “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

Essa conjuntura de artigos é que faz com que se tenha a existência dos precedentes e é dessa interpretação conjunta que se extrai o sistema do Código de Processo Civil de 2015.

Compreendida a sistemática de precedentes no novo código de processo civil, é inevitável que surjam as seguintes indagações: seria o precedente brasileiro o mesmo precedente do *common law*? Estaria havendo uma *commonlização* do sistema *civil law* do Brasil?

Saliente-se, desde logo, que não deve ser o precedente brasileiro confundido com o precedente do *common law*, pois, como já analisado, o precedente dos países de *common law* não estão previstos em um diploma constitucional ou legal. Eles nascem, portanto, dos costumes admitidos pelos julgadores. Dessa forma, o precedente brasileiro, chamado por Georges Abboud e Lenio Streck (2013) de “jurisprudência dotada de efeito vinculante”, nasce no ordenamento a partir da lei, de uma construção legislativa e não de uma evolução histórica.

Diante disso, constata-se que a adoção do sistema de precedentes brasileiro não significa que há uma aproximação ao *common law*, visto que o princípio da legalidade vigora no Brasil e, exatamente em observância desse princípio, se criou o sistema de precedentes, pois foi necessário que a lei escrita previsse essa sistemática para que ela fosse aplicada. Assim, não existe no Brasil o fenômeno da “commonlização”, apesar de se reconhecer que a lei escrita precisa de complementação para atingir a isonomia, a segurança jurídica e a real justiça.

Conclusão

É inegável que o sistema de precedentes teve seu nascedouro na sistemática da *common law*, berço natural do *stare decisis*. Esse berço natural se deu, como visto, em função da necessidade de se estabelecer segurança jurídica em um sistema marcado pela aplicação dos costumes, despidido de um conjunto de normas claras escritas.

A aplicação da técnica de precedentes no sistema brasileiro, inspirado na *civil law*, teve por finalidade, dentre outras coisas, evitar a multiplicidade de decisões conflitantes em situação fática e jurídica similar, trazendo uma necessária racionalidade para o sistema de decisões judiciais.

A despeito de ter surgido na *common law*, a técnica de aplicação de precedentes é plenamente compatível com o sistema brasileiro, uma vez que sua introdução se deu exatamente por meio de mandamentos legais, cujo exemplo máximo é o novo Código de Processo Civil.

Além disso, não se pode chegar à conclusão simplista de que o precedente é um ponto de chegada. Com efeito, o novo código exige que a fundamentação de aplicação ou afastamento do precedente seja completa, sob pena de, à luz de seu art. 489, parágrafo 1º, ser nula a decisão judicial. Dessa forma, o precedente passa a ser um ponto de partida para o exegeta.

Enfim, a aplicação cotidiana do novo CPC, com a técnica de precedentes a ele incorporada, trará maior racionalidade às decisões judiciais, fazendo com que se evite ao máximo sentenças díspares em situação fática similar, além de permitir um gerenciamento do enorme quantitativo de processos existentes no país.

Referências Bibliográficas

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**, que dispõe sobre o Código De Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 Jan. 2017.

DIDIER JR., Freddie. **Editorial 49**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>. Acesso em: 06 Fev. 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472%20Acesso%20em%2005.09.2015> . Acesso em: 27 Jan. 2017.

GALIO, Morgana Henicka. **História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas.** In: Eneá de Stutz e Almeida; Juliana Neuenschwander Magalhães; Antonio Carlos Wolkmer. (Org.). História do Direito II. 1ªed.Florianópolis: CONPEDI, v., p. 233-255, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOTTA, Tatiana Maria Oliveira Prates; PERTENCE, Pedro Correa. Distinguishing, Súmulas e Precedentes. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=781>. Acesso em: 27 Jan. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Vol. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law.** Revista Jurídica, Porto Alegre, vol. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do Direito: civil law e common law.** Revista de Processo. vol. 172, p. 121-174, jun, 2009.

ZANETI JR., Hermes. **Precedentes (*treat like cases alike*) e o novo Código de Processo Civil; Universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil.** Revista de Processo. vol. 235, p. 293-349, set, 2014.

NOTAS:

[1] Do latim *stare decisis et non quieta movere*, que significa respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido.

[2] Os Tribunais Reais de Justiça eram vulgarmente chamados de Tribunais de Westminster por conta do local onde estavam situados à época, qual seja o Palácio Westminster.

[3] Exemplo clássico é o caso histórico de *Marbury versus Madison*, no qual a Justiça norte-americana, a partir desse caso concreto, reconheceu o direito de obter a declaração de inconstitucionalidade de forma incidental.

[4] A técnica do *distinguishing* consiste na não aplicação do precedente, por este não ser compatível com o caso concreto analisado. Por outro lado, o instituto do *overruling* é utilizado quando se declara o precedente superado, de maneira a não ser mais utilizado como parâmetro para novos casos.

[5] À época, a House of Lords (Câmara dos Lordes), que é órgão do Poder Legislativo do Reino Unido, também era a mais alta corte de apelação para muitos processos judiciais.

[6] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

POSSIBILIDADE DE REANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RESCINDENDO NA VIA DO RECURSO ESPECIAL

LAYLA KABOUDI: Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense/RJ Advogada da União. Pós-Graduada em Especialização em Direito Constitucional.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo trazer reflexões sobre a viabilidade de, na via do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça reanalisar os fundamentos da questão de mérito do acórdão que se visa a rescindir, não se limitando o exame aos pressupostos de admissão dessa ação autônoma de impugnação.

Palavras-chaves: Ação rescisória. Efeito devolutivo. Reanálise do aresto rescindendo. Recurso especial.

Sumário: 1.INTRODUÇÃO. 2.AÇÃO RESCISÓRIA: ASPECTOS GERAIS DE PROCEDIMENTO. 3. (IM) POSSIBILIDADE DE SE REDISCUTIR A MATÉRIA DO ACÓRDÃO RESCINDENDO NO RECURSO ESPECIAL DA AÇÃO RESCISÓRIA. 4.CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Quando se esgotam os recursos, a sentença transita em julgado; no caso de ser um julgamento de mérito, forma-se a coisa julgada material, que impede que aquilo que foi decidido em um processo seja rediscutido não só nele, mas em qualquer outro processo, pelas mesmas partes. Projeta-se, portanto, a imutabilidade do que foi decidido para fora do processo.

Entretanto, casos estejam presentes determinados pressupostos, é possível que uma decisão transitada em julgada seja desconstituída, relativizando-se, portanto, aquela imutabilidade.

Dentre essas possibilidades, há a ação rescisória, cujo objetivo é desfazer o julgamento já tornado definitivo^[1], cabendo, ainda,

postular a reapreciação daquilo que já foi decidido e acobertado pela coisa julgada material.

Dessa forma, quando do julgamento da ação rescisória pelo órgão competente, são exercidos dois juízos: o rescindente, em que a decisão impugnada é desconstituída do mundo jurídico; e o rescisório, em que se procede a um novo julgamento.

O presente artigo pretende, assim, trazer reflexões sobre em qual extensão o efeito devolutivo do recurso especial pode ser exercido pelo Superior Tribunal de Justiça no momento da análise do juízo rescindente.

Em outras palavras, se é possível ao STJ, já em sede de recurso especial da ação rescisória ajuizada, reexaminar os fundamentos da matéria debatida no julgamento que se pretende rescindir.

2. AÇÃO RESCISÓRIA: ASPECTOS GERAIS DE PROCEDIMENTO

A ação rescisória, espécie de ação autônoma de impugnação, cuja disciplina encontra-se nos arts. 966 a 975 do CPC, é o instituto processual servil à desconstituição de *decisum* meritório transitado em julgado, é dizer, das decisões jurisdicionais de mérito *lato sensu* (sentenças, acórdãos, decisões monocráticas e interlocutórias de mérito), em relação às quais se possa formar a *res iudicata* material. [2]

Não se configura, assim, como mero sucedâneo recursal[3], sendo seus pressupostos genéricos (o trânsito em julgado) e específicos (as hipóteses dispostas nos incisos I a VIII do art. 966 do CPC), de interpretação restrita:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Nos termos do art. 975/CPC, *o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo*. Trata-se de previsão legal que se compatibiliza com o enunciado da súmula 401, pelo qual *o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial*.

De acordo com esse entendimento, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro a "coisa julgada material de capítulos de sentença" de modo que o prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória, a que alude o art. 975 do CPC, somente tem início a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa.

No que se refere à competência, deve ser proposta perante o Tribunal que teria competência para julgar recursos contra a sentença que se visa a rescindir; caso tenha por objeto acórdão, a competência é do mesmo Tribunal que o proferiu.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o seu entendimento no sentido de que, se a matéria versada na ação rescisória não foi apreciada pela decisão rescindenda, mas apenas pelo Tribunal de origem, aplica-se analogicamente o enunciado nº 515, da Súmula do c.

Supremo Tribunal Federal, segundo o qual *a competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório.*

A legitimidade ativa para a ação rescisória está no art. 967 do CPC. Podem propor a rescisória: as partes e seus sucessores; terceiros interessados; o Ministério Público; e, aquele que não foi ouvido no processo em que lhe era obrigatória a intervenção.

A rescisória será proposta com observância dos requisitos do art. 319, CPC, todavia, há algumas peculiaridades.

Inicialmente, deverá obrigatoriamente ser apresentada a decisão rescindenda, bem como a certidão de trânsito em julgado. Sempre se deve pedir a rescisão da sentença e, em algumas hipóteses, um novo julgamento.

Por fim, deve ser feito um depósito de 5% do valor da causa (art. 968, II, CPC), admitindo-se gratuidade de justiça para tanto. No caso de ser considerado, por unanimidade, inadmissível ou improcedente o pedido, o tribunal determinará a reversão, em favor do réu, da importância do depósito, conforme dispõe o parágrafo único, art. 974.

Pode haver emenda na ação rescisória, bem como até mesmo seu indeferimento, nos termos dos §3º e 4º do art. 968.

Estando presentes os requisitos legais, pode ser deferida tutela provisória (art. 969, CPC) para a suspensão dos efeitos da decisão rescindenda.

O prazo de resposta será fixado pelo relator, sendo de 15 a 30 dias (art. 970, CPC).

A instrução probatória será determinada pelo relator de 30 a 90 dias, podendo ser delegada a competência ao órgão que proferiu a decisão rescindenda, nos termos do art. 972.

Nos termos do art. 974 do CPC, julgando procedente o pedido, o tribunal rescindirá a decisão, e proferirá, se for o caso, novo julgamento.

Na ação rescisória, podem ser realizados, portanto, 2 (dois) juízos.

Pelo juízo rescindente, o órgão competente irá desconstituir o dispositivo da decisão de mérito, já transitada em julgado; pelo juízo rescisório, por sua vez, será promovido novo julgamento, respeitando-se os limites objetivos e subjetivos da lide originária.

Da decisão proferida na ação rescisória, cabe recurso ao STJ (recurso especial) e/ou ao STF (recurso extraordinário).

No que se refere à interposição do recurso especial, discussão atual que se coloca na jurisprudência do STJ é a possibilidade ou não de se reexaminar a questão de mérito colocada no acórdão rescindendo.

3. (IM) POSSIBILIDADE DE SE REDISCUTIR A MATÉRIA DO ACORDÃO RESCINDENDO NO RECURSO ESPECIAL DA AÇÃO RESCISÓRIA

A jurisprudência majoritária do STJ se pacificou no sentido de que o apelo nobre interposto contra acórdão proferido no bojo do feito rescisório deve cingir-se ao exame de suposta afronta aos seus pressupostos, é dizer, às hipóteses do art. 966 do CPC (ou art. 485 do CPC/73), e não aos fundamentos do julgado rescindendo, sob pena de ser utilizada como sucedâneo recursal.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, VII, DO CPC. DOCUMENTO NOVO QUE, POR SI SÓ, NÃO ASSEGURA PRONUNCIAMENTO FAVORÁVEL À AUTORA. IMPOSSIBILIDADE DE REABERTURA DA FASE INSTRUTÓRIA. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283/STF. INVIABILIDADE DE REDISCUTIR A MATÉRIA DEBATIDA NO JULGAMENTO RESCINDENDO. PRECEDENTES.

I. O recorrente deve atacar, expressamente, os argumentos lançados na decisão recorrida, refutando todos os óbices por ela levantados, sob pena de vê-la mantida (Súmula 283/STF).

II. O Recurso Especial, interposto contra o julgamento da Ação Rescisória, deve fundamentar-se na inobservância dos requisitos dessa ação, e não na pretensão de reexaminar a matéria debatida no julgamento rescindendo, na linha dos precedentes desta Corte a respeito do tema.

III. Consoante a jurisprudência, "o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que o Recurso Especial interposto em sede de Ação Rescisória deve cingir-se ao exame de eventual afronta aos pressupostos desta. No caso dos autos, a insurgência especial ataca o próprio mérito do julgado rescindendo, o que constitui óbice ao conhecimento do Recurso. Precedentes" (STJ, AgRg no Ag 1.283.600/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 5ª TURMA, DJe de 21/03/2011).

IV. Agravo Regimental improvido. (AgRg no Ag 1391047 / PR AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0223547-8; Relator(a) Ministra ASSUETE MAGALHÃES; Órgão Julgador SEXTA TURMA; Data do Julgamento 04/06/2013; Data da Publicação/Fonte DJe 17/06/2013)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM FACE DE ACÓRDÃO PROLATADO EM SEDE DE AÇÃO RESCISÓRIA. HIPÓTESE EM QUE O TRIBUNAL A QUO RESSALTOU A NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 485, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 283/STF POR APLICAÇÃO ANALÓGICA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O acórdão recorrido deu fundamento à lide baseando-se na circunstância de que, na hipótese em concreto, não é possível a aplicação do art. 485, V, do CPC, o qual é pressuposto da ação rescisória.

2. No entanto, este fundamento não foi expressamente impugnado nas razões do recurso especial, circunstância que atrai a incidência da Súmula 283/STF por aplicação analógica. Isso porque, nas razões do apelo especial, não se discutiu o cabimento ou não da ação rescisória no caso em concreto (que foi o fundamento do acórdão), mas sim a matéria de mérito do acórdão rescindendo, qual seja, a configuração ou não do ato praticado nos termos da Lei nº 8.429/92.

3. Note-se que a tal impugnação é imprescindível na via recursal eleita tendo em vista a orientação jurisprudencial deste Sodalício no sentido de que o apelo especial interposto em sede de Ação Rescisória deve cingir-se ao exame de eventual afronta aos seus pressupostos (art. 485 do Código de Processo Civil) e não aos fundamentos do julgado rescindendo. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1346272/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 17/04/2013)

Entretanto, o entendimento do STJ merece ser revisto. Isso porque, na grande maioria dos casos, a matéria debatida tanto no processo originário quanto na rescisória são similares, confundindo-se os mesmos fundamentos tanto para rescisão, quanto para o cabimento do especial.

Em outras palavras, no julgamento da ação rescisória fundada em violação à literal disposição de lei, o Tribunal local irá, via de regra, ultrapassar os limites do pedido de desconstituição, invadindo a análise do próprio mérito da decisão rescindenda; impedir a parte de, nas

razões de seu recurso especial, abordar a própria lei que entende ter sido violada, implicaria cerceamento do direito de impugnar integralmente o acórdão que julga a ação rescisória.

Com efeito, no EREsp 1.046.562/CE, o Exmo. Ministro Luiz Fux, voto divergente vencedor naquele julgamento, bem explicou o que aqui se propõe:

“É que o recurso especial, interposto em ação rescisória, ao deduzir a violação da lei (artigo 485, inciso V, do CPC), pela decisão rescindenda, ultrapassa os lindes do pedido de desconstituição e invade o próprio mérito daquele provimento jurisdicional, tanto mais que a ruptura da coisa julgada no *iudicium rescindens* conduz ao rejuízo, qual seja, o *iudicium rescissorium*.

O provimento do recurso especial, como todo recurso, pode ser total ou parcial conforme o desígnio do recorrente, por isso que interdita-lhe revolver a própria lei violadora é negar-lhe o acesso à impugnação do segundo *iudicium*, qual o do rejuízo.

Referido Recurso especial restou assim ementado:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. RECURSO ESPECIAL. ANÁLISE DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. POSSIBILIDADE.

1. Considerando que, na ação rescisória baseada no art. 485, V, do CPC, há alegação de violação a literal disposição de lei, o mérito do recurso especial se confunde com os próprios fundamentos para a propositura da ação rescisória, autorizando o STJ a examinar também o acórdão rescindendo.

2. Embargos de divergência providos.” (EREsp 1046562/CE, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/03/2011, DJe 19/04/2011).”

A tese exposta no julgado supracitado foi reiterada pela Corte Especial no julgamento do EREsp 517.220/RN, *in verbis*:

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUALCIVIL. RECURSO ESPECIAL EM AÇÃO

RESCISÓRIA. IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RESCINDENDO. POSSIBILIDADE. I. É cabível o recurso especial, interposto em sede de rescisória baseada no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, em que se impugnam os fundamentos do acórdão rescindendo. 2. Embargos de divergência acolhidos. (STJ - EREsp: 517220 RN 2007/0043188-5, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 29/08/2012, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 23/11/2012)"

Importante destacar o voto-vista da Exma. Ministra Nancy Andrigui, no julgamento do acórdão paradigma, EResp nº 1.046.562/CE, *in verbis*:

"Após detida análise dos diversos precedentes existentes sobre a matéria, me parece que a segunda posição, versada no acórdão alçado a paradigma, desponta como a mais razoável, na medida em que, no julgamento de ação rescisória fundada em violação a literal disposição de lei, o Tribunal local irá, via de regra, ultrapassar os limites do pedido de desconstituição, invadindo a análise do próprio mérito da decisão rescindenda, salvo nas hipóteses em que a ação rescisória tiver sido rejeitada por algum motivo processual, como prescrição ou ausência do recolhimento da caução prevista no art. 488, II, do CPC.

Portanto, impedir a parte de, nas razões de seu recurso especial, abordar a própria lei que entende ter sido violada, implicaria cerceamento do direito de impugnar integralmente o acórdão que julga a ação rescisória."

Nesta esteira, em caso de violação a dispositivos legais, quando o Tribunal de origem, não acolhe a pretensão deduzida na rescisória, pode-se entender que o acórdão está contrariando aqueles mesmos dispositivos ou a ele negando vigência, podendo dar ensejo à interposição de recurso especial com base na alínea "a" do art. 105 do permissivo constitucional.

Pertinente, portanto, que seja autorizado, em sede de recurso especial, o **efeito devolutivo amplo** de ambos os juízos, atendendo-se, até mesmo, o objetivo do CPC/15 de reduzir a complexidade dos subsistemas processuais, tornando mais célere e efetivo o processo judicial.

4. CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não é viável, na via do recurso especial, a reanálise dos fundamentos do julgado rescindendo.

Trata-se de um posicionamento que, data vênia, não merece permanecer, considerando que o efeito devolutivo, nesse caso, deve ser amplo, de modo a se autorizar que, em sede de recurso especial em ação rescisória, sejam impugnados tanto os fundamentos do acórdão rescindendo quanto aqueles que alicerçaram a conclusão do julgamento da ação rescisória, não se limitando, portanto, aos pressupostos do art. 966 do CPC/15.

REFERÊNCIAS

- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado®: coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários. Forense: Rio de Janeiro, 2009

NOTAS:

[1] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado®: coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 700

[2] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários. Forense: Rio de Janeiro, 2009, Item 129, p. 218.

[3] Precedente: STJ, Primeira Seção, AR 1.980/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 10/02/2010, DJe 22/03/2010: "(...) Como bem afirmado pelo Min. Castro Meira, ao apreciar o pedido constante da AR

1573/SC, 'por não se tratar de sucedâneo de recurso, a ação em comento só tem lugar em casos de flagrante transgressão à lei. O fato de o julgado haver adotado a interpretação menos favorável à parte, ou mesmo a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo daquela demanda. Não se cuida de via recursal com prazo de dois anos'."



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIEURO
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO

AUGUSTO SIMON BOLIVAR DE LIMA RAMIREZ

**OS PAPILOSCOPISTAS POLICIAIS DO DISTRITO FEDERAL COMO
PERITOS OFICIAIS, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Brasília
2017



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIEURO
PRÓ-REITORIA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO

AUGUSTO SIMON BOLIVAR DE LIMA RAMIREZ

**OS PAPILOSCOPISTAS POLICIAIS DO DISTRITO FEDERAL COMO
PERITOS OFICIAIS, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Centro Universitário
UNIEURO como requisito à obtenção
do título de Bacharel em Direito.
**ORIENTADOR: Me. Heitor Vinicius
Bento Pessoa.**

Brasília
2017

DEDICATÓRIA

Aos Papiloscopistas

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por todo amor e apoio incondicional depositados em mim.

Ao Felipe, por todas as discussões jurídicas e aleatórias.

Ao meu orientador, professor Heitor, por ter, desde o início, acreditado e dado o suporte necessário para uma pesquisa eficiente e satisfatória, com orientações atenciosas, claras e precisas.

À Madalena, pelo tempo despendido e pela paixão à papiloscopia.

Aos meus colegas de turma, principalmente à Sara, à Graziella, ao Frederico, à Juliana, ao Pedro e ao Alef, pelo companheirismo durante todo o nosso curso.

E a todos aqueles que direta ou indiretamente possam ter influenciado na minha formação e/ou nesta pesquisa, o meu muito obrigado.

RESUMO

A pesquisa objetivou entender a natureza das atividades do Papiloscopista Policial do Distrito Federal e analisar se elas são de natureza pericial. Para isso, foram verificadas as atribuições previstas para o cargo de Papiloscopista no Regimento Interno da Polícia Civil Distrito Federal, bem como as atribuições dos cargos de Perito Criminal e Perito Médico Legista. Foram, também, observados projetos de lei e decisões judiciais que trataram da matéria, no âmbito federal e distrital. Com isso, debateu-se o tema, sendo ainda citados entes da federação que já tratam do Papiloscopista como Perito Oficial. Além disso, a pesquisa abarcou a consequência de possível transformação do cargo de Papiloscopista em Perito, se seria apenas uma alteração do cargo público ou se incorreria em ingresso em cargo público diverso sem concurso público, violando princípio constitucional. A hipótese de pesquisa se confirmou, podendo se falar que o Papiloscopista Policial do Distrito Federal é Perito Oficial, muito embora não conste em sua nomenclatura ou tenha remuneração como dos outros peritos.

Palavras-chave: Papiloscopista; Perito; Perícia Oficial; Perícia Criminal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. A PAPILOSCOPIA E A PERÍCIA OFICIAL	3
1.1. ORIGEM DA IDENTIFICAÇÃO E DO PAPILOSCOPISTA.....	3
1.2. A PERÍCIA OFICIAL NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	6
1.3. RELEVÂNCIA E IMPORTÂNCIA DA ATIVIDADE PERICIAL.....	8
2. PAPILOSCOPISTA POLICIAL, PERITO CRIMINAL E PERITO MÉDICO LEGISTA: ATRIBUIÇÕES E RESPONSABILIDADES	10
2.1. O PAPILOSCOPISTA POLICIAL	10
2.2. O PERITO CRIMINAL E O PERITO MÉDICO LEGISTA.....	13
3. ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA	17
3.1. PAPILOSCOPISTA VERSUS PERITO OFICIAL	17
3.2. PROJETOS DE LEI ENVOLVENDO OS PAPILOSCOPISTAS	19
3.3. JURISPRUDÊNCIA APLICADA	23
3.4. PAPILOSCOPISTAS COMO PERITOS EM OUTROS ESTADOS	29
3.5. MODIFICAÇÃO DE CARGO PÚBLICO VERSUS INGRESSO EM CARGO DISTINTO	32
CONCLUSÃO	36
REFERÊNCIAS	38

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende abordar a natureza, se pericial ou não, da atividade dos Papiloscopistas Policiais do Distrito Federal e a relevância dessa classificação.

Foram abordados temas do Direito Constitucional, do Direito Administrativo, do Direito Processual Penal e do Direito Processual Civil. No caso, delimitou-se o tema aos servidores públicos do Distrito Federal atuando no âmbito da investigação e instrução processual penal.

O problema de pesquisa foi responder a seguinte questão: o Papiloscopista Policial do Distrito Federal, ao exercer suas atividades laborais, deve ser considerado perito oficial nos termos do Código de Processo Penal?

A hipótese de pesquisa para a questão posta foi que o Papiloscopista deve ser considerado perito oficial.

O objetivo geral dessa pesquisa acadêmica foi entender a natureza das atividades do Papiloscopista, se é de perícia oficial ou não.

Os objetivos específicos desse trabalho foram analisar a legislação pertinente, como o Código de Processo Penal, a Lei nº 12.030/2009, bem como projetos de lei sobre o tema; analisar a doutrina, para entender quais atividades são definidas como perícia oficial, no âmbito do Direito Processual Penal, e documentos como pareceres, notas técnicas, acordos e atos normativos infralegais. Também se objetiva a avaliação das consequências da possível classificação das atividades da papiloscopia como perícia oficial.

Essa pesquisa é importante para mim em razão de eu ser papiloscopista policial e afetar diretamente minhas atividades laborais junto ao Instituto de Identificação da Polícia Civil do Distrito Federal.

A relevância para a ciência vem da necessidade de se analisar a dependência ou a independência das atividades dos papiloscopistas da perícia criminal. A papiloscopia atual abrange a identificação civil e criminal, a necropapiloscopia, a prosopografia e a representação facial humana, sendo apoiadas por áreas de laboratórios, que utilizam e pesquisam reagentes e substâncias para revelar impressões digitais latentes e para regenerar tecidos danificados, laboratórios de fotografia, que realizam melhoramentos das impressões e fragmentos para análise e laboratórios de projeção de envelhecimento e rejuvenescimento para fins de identificação.

Por fim, para a sociedade a pesquisa é de extrema relevância, pois responde um questionamento recorrente nos processos judiciais, já que são inúmeras as alegações de nulidade da prova, frente à ausência de perito criminal que subscreve o laudo papiloscópico, desafiando a segurança jurídica no âmbito do processo penal.

Impacta também nas atividades cotidianas das perícias criminais, podendo demonstrar a natureza pericial do ofício do papiloscopista e a sua independência funcional em relação aos demais membros da perícia de local de crime, por exemplo.

A metodologia de pesquisa empregada foi a bibliográfica, pois foi realizada com base em livros, artigos publicados, decisões judiciais, notas técnicas, pareceres jurídicos e documentos emitidos por órgãos públicos. A tradição metodológica foi mista, ou seja, em parte dedutiva, por terem sido buscados dados já presentes na sociedade, e em parte indutiva, por ter sido observada a situação dos Papiloscopistas Policiais do Distrito Federal. O viés metodológico foi exploratório, já que tentou observar e analisar o recorrente questionamento da natureza pericial das atividades do papiloscopista e o motivo de não ser equiparado, funcional, salarial e organicamente, aos demais peritos ditos oficiais. Por fim, ressalta-se que a pesquisa foi qualitativa.

1. A PAPILOSCOPIA E A PERÍCIA OFICIAL

Neste capítulo, serão desenvolvidos os conceitos iniciais de papiloscopia e de perícia oficial, a fim de serem melhores debatidas no decorrer do trabalho.

1.1. ORIGEM DA IDENTIFICAÇÃO E DO PAPILOSCOPISTA

Na história da humanidade, em algum momento da evolução das relações humanas, surgiu a necessidade de se conseguir identificar uma pessoa a partir de dados biométricos, seja para fins criminais ou civis.

Nesse sentido, são diversos os métodos de identificação, podendo a biometria ser categorizada em biológica (DNA), morfológica (impressões digitais, palmares e plantares, geometria das mãos, padrões das veias das mãos ou da retina, formato da íris, voz, geometria da face ou das orelhas) e comportamental (padrão de andar, de escrever, de digitar) (OT-MORPHO).

É considerável a utilização das impressões digitais, palmares e plantares para fins de identificação dos indivíduos, frente as suas características de universalidade, unicidade, perenidade, imutabilidade e variabilidade. A presença dessas características aponta que os desenhos formados pelas cristas de fricção, ou dermatóglifos, (“linhas” visíveis a olho nu formadas nos dedos, nas palmas das mãos e nas solas dos pés) são encontrados em todos os seres humanos, únicos em cada indivíduo, perenes, ou seja, que eles persistem desde quando formados, ainda no útero, até um período posterior à morte, a depender da conservação do cadáver, imutáveis, não se alterando durante a vida do indivíduo e tão variados que não se repetem, inclusive nos dedos de um mesmo indivíduo (WERTHEIM; MACEO, 2002, p. 38).

Ressalta-se que os desenhos são diferentes até entre gêmeos univitelinos em virtude de a formação dos desenhos depender, possivelmente, de circunstâncias genéticas, bem como das interações (tensões e compressões) resultantes do crescimento e desenvolvimento das camadas da pele na gestação (WERTHEIM; MACEO, 2002, p. 76).

Logo, garante-se a universalidade do método de identificação e sua exatidão, embora haja exceções, como casos de pessoas com amputação total de mãos e pés e de indivíduos com adermatoglifia (doença genética em que os sujeitos não apresentam dermatóglifos).

Uma observação deve ser feita, porém. Na prática cotidiana, usa-se a expressão “impressões papilares”, “papiloscopista”, e demais termos que se originam da palavra “papila”, de “papila dérmica”, que são saliências localizadas na derme mas que se projetam em direção à epiderme, não tendo contato com o ambiente externo ao organismo.

Ocorre que grande parte das impressões digitais (dos dedos), palmares (palmas das mãos) e plantares (solas dos pés) que, na realidade, são os dermatóglifos (desenho nos dedos) apostos em um suporte (exemplo: ao encostar um dedo em uma parede, o indivíduo deposita material biológico e, como um carimbo, deixa uma marca, a impressão digital) não se referem às papilas dérmicas.

A existência dos desenhos decorre da existência das papilas dérmicas, mas para se obter, de fato, “impressões papilares”, haveria a necessidade de se retirar a parte mais exterior da pele (epiderme) e se fazer a coleta diretamente da derme (camada intermediária da pele), cujo processo é realizado, em alguns casos, em cadáveres.

Assim, seria impróprio utilizar expressões derivadas de “papilas”. Tendo em vista a utilização recorrente e consagrada desses termos, seria justificável se valer deles, sendo, no entanto, evitada no texto aqui elaborado.

Embora a utilização dos dermatóglifos e de suas impressões seja bastante difundida nos dias atuais, há indícios de sua utilização para fins de identificação de indivíduos na China por volta do ano 300 AC, inclusive utilizados em contratos, após a invenção do papel em 105 DC (BARNES, p. 1-8).

Utilizados como assinatura em países como China, Japão e Índia (BARNES, p. 1-9), foi no final do século XVIII e no decorrer do século XIX que a papiloscopia deu um salto como ciência. Em 1.788, J. C. A Mayer, médico e anatomista alemão, foi o primeiro a afirmar que os dermatóglifos eram únicos para cada indivíduo (BARNES, p. 1-10).

Entre os anos de 1.856 e de 1.897, o antropologista alemão Hermann Welcker foi o primeiro a estudar a perenidade dos desenhos das cristas epidérmicas, estudo normalmente creditado ao médico inglês William James Herschel (BARNES, p. 1-11).

A grande contribuição do médico inglês Henry Faulds foi a publicação na revista *Nature* no ano de 1.880 de artigo em que, pela primeira vez, propôs a utilização da individualização dos dermatóglifos em cenas de crimes (BARNES, 1-11).

Nesse meio tempo, o criminalista francês Alphonse Bertillon desenvolvia o primeiro método de identificação humana. O método se baseou na antropometria e consistia

em se medir e se registrar 11 medidas do corpo, acompanhadas de 2 fotografias (frente e perfil direito), em fichas, que, após, eram classificadas (BARNES, 1-12).

Classificadas e organizadas, seria fácil comparar as medidas de um indivíduo e as constantes nas fichas, com fito de se determinar a identidade daquele. Posteriormente, as impressões digitais foram incluídas no método de Bertillon, mas apenas como apoio.

Apesar de ser um processo científico, baseado na antropometria, frente à imutabilidade e variabilidade das medidas ósseas do corpo humano adulto, o método entrou em declínio após a prisão, em 1903, de um homem que alegava se chamar Will West e nunca ter sido preso antes.

Na penitenciária de Leavenworth (Kansas, Estados Unidos), para onde foi levado, o indivíduo foi submetido ao método de Bertillon, sendo encontrada a ficha do preso William West, com medidas antropométricas incrivelmente semelhantes. Os agentes penitenciários, pensando ter havido uma suposta fuga do prisioneiro, dirigiram-se a cela de William West e o encontraram dormindo. Comparadas as impressões digitais, viram se tratar de indivíduos diferentes (BARNES, p. 1-16).

Essa mítica história, rodeada de imprecisões e incertezas, como a possibilidade de os indivíduos pertencerem à mesma família e até de serem irmãos gêmeos, não deixa dúvida de que há pessoas com medidas antropométricas muito semelhantes e, sendo irmãos gêmeos idênticos, as medidas podem até serem iguais, mas os dermatóglifos, em qualquer caso, serão diferentes (BARNES, p. 1-16).

O desenvolvimento da papiloscopia tem outro importante progresso com a classificação proposta pelo antropólogo e policial croata Juan Vucetich, enquanto trabalhava para o Departamento de Polícia de Buenos Aires. Lá, ele sugeriu que os padrões das impressões digitais poderiam ser classificados em quatro grupos: arco, presilha interna, presilha externa e verticilo, classificação utilizada até os dias de hoje, inclusive em nosso País (BARNES, p. 5-7).

No Brasil, a papiloscopia teve início formalmente com a edição do Decreto 4.764, de 5 de fevereiro de 1903, que regulamentou as atividades da Secretaria de Polícia do, então, Distrito Federal, inserindo a identificação datiloscópica como método de identificação oficial, nos seguintes termos:

Art. 57. A identificação dos delinquentes será feita pela combinação de todos os processos actualmente em uso nos países mais adeantados, constando do seguinte, conforme o modelo do livro de Registro Geral anexo a este regulamento:
a) exame descritivo (retrato fallado);

- b) notas chromaticas;
- c) observações anthropometricas;
- d) signaes particulares, cicatrizes e tatuagens;
- e) impressões digitaes;
- f) photographia da frente e de perfil.

Paragrapho unico. Esses dados serão na sua totalidade subordinados á classificação dactyloscopica, de accordo com o methodo instituido por D. Juan Vucetich, considerando-se, para todos os effeitos, a impressão digital como a prova mais concludente e positiva da identidade do individuo e dando-se-lhe a primazia no conjunto das outras observações, que servirão para corroboral-a.

Art. 58. As medições serão feitas de accordo com o methodo instituido pelo Sr. Alphonse de Bertillon, adoptando-se para o exame descriptivo e para os signaes particulares, cicatrizes e tatuagens o systema de filiação denominado «Provincia de Buenos-Aires».

(BRASIL, Decreto nº 4.764, 1903, artigos 57 e 58)

Visto isso, é evidente a adoção do método antropométrico de Bertillon e da identificação datiloscópica, com a classificação criada por Vucetich.

Ressalta-se que em 5 de fevereiro é comemorado, no Brasil, o dia do papiloscopista, em referência à publicação do Decreto nº 4.764/1903, ficando assim definido: “Art. 1º Fica considerado o dia 5 de fevereiro como o Dia do Dactiloscopista Brasileiro.” (BRASIL, Decreto nº 52.871, 1963, artigo 1º).

1.2. A PERÍCIA OFICIAL NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Código de Processo Penal (CPP), em seu Título VII, Capítulo II (Do Exame do Corpo de Delito, e Das Perícias em Geral), prevê, em seu art. 158, que: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.” (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941, artigo 158).

Vê-se, então, a imprescindibilidade do exame de corpo de delito, quando a conduta delituosa deixar vestígios. Acerca dos peritos que realizam o exame de corpo de delito e as outras perícias correlatas, o CPP enuncia que:

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

Art. 160. Os peritos elaborarão o laudo pericial, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados.

(BRASIL, Código de Processo Penal, 1941, artigos 159 e 160)

Nota-se que o CPP não esclarece quem seriam os peritos, apenas se restringe a fixar que as perícias devem ser feitas pelos peritos oficiais, portadores de diploma de curso superior, ressalvada a hipótese de ausência de perito oficial.

Complementando o diploma processual penal, foi editada a Lei nº 12.030/2009, que, em seu art. 5º, dispõe:

Art. 5º Observado o disposto na legislação específica de cada ente a que o perito se encontra vinculado, são peritos de natureza criminal os peritos criminais, peritos médico-legistas e peritos odontologistas com formação superior específica detalhada em regulamento, de acordo com a necessidade de cada órgão e por área de atuação profissional.
(BRASIL, Lei Federal nº 12.030, 2009, artigo 5º)

Nessa esteira, o dispositivo elenca um rol de peritos, não restringindo, em tese, que outros sejam considerados peritos oficiais, nos termos da legislação do ente federativo a que estiver vinculado.

A Lei nº 12.030/2009 é objeto de impugnação da ADI 4.354/DF, proposta pela Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis (COBRAPOL). Na peça vestibular, a Advocacia-Geral da União, por meio da Nota Técnica nº 162/AGU/CGU/DENOR, de 3 de setembro de 2009, em parecer solicitado pela Presidência da República, aponta os vícios presentes no então Projeto de Lei nº 204 de 2008, concluindo que:

Assim, já que a sanção presidencial não sana o vício de inconstitucionalidade acima apontado, como, aliás, reiteradamente tem entendido o Supremo Tribunal Federal, deve a proposta em exame ser vetada integralmente, nos termos do § 1º do art. 66 da Carta Política.
(BRASIL, ADI 4354/DF, Petição Inicial, p. 10)

Embora assim tenha sido o parecer da AGU à época da sanção do projeto de lei, o mesmo órgão dá parecer pela constitucionalidade da Lei e pela improcedência da Ação Direta, como também o faz a Procuradoria-Geral da República.

Até o momento, não houve o julgamento da ação, tendo havido apenas o indeferimento da medida cautelar.

Quanto à atividade pericial propriamente dita, Eugenio Pacelli leciona que:

A prova pericial, antes de qualquer consideração, é uma prova técnica, na medida em que pretende certificar a existência de fatos cuja certeza, segundo a lei, somente seria possível a partir de conhecimentos específicos. Por isso deverá ser produzida por pessoas devidamente habilitadas, sendo o reconhecimento desta habilitação feito normalmente na própria lei, que cuida das profissões e atividades regulamentadas, fiscalizadas por órgãos regionais e nacionais.
Normalmente, o próprio Poder Público tem em seus quadros de carreiras os peritos judiciais, responsáveis pela realização das perícias solicitadas pela jurisdição penal. São os chamados peritos oficiais.
(OLIVEIRA, 2014, p. 426)

Desse modo, nota-se que o perito oficial é um especialista em uma área específica do conhecimento humano e que ele é responsável por auxiliar o juízo, por meio de um laudo pericial, respondendo a quesitos que esclarecem os leigos daquele conhecimento acerca da situação fática posta.

Cita-se, como exemplo, a análise pericial de marcas de sangue encontradas em local de crime de homicídio. A análise delas pode indicar a quem pertence o material biológico, o momento e a dinâmica da conduta delituosa, a quantidade de agentes e de golpes desferidos, bem como o objeto utilizado, além de poder revelar se a cena do crime é idônea ou foi, de alguma forma, alterada.

1.3. RELEVÂNCIA E IMPORTÂNCIA DA ATIVIDADE PERICIAL

Como exposto alhures, a atividade pericial se faz necessária em razão do desconhecimento ou ausência de domínio do julgador em específica área do conhecimento. Respondendo aos quesitos postos e avaliando os dados colhidos, os peritos clarificam a circunstância fática para que o julgador interprete e aplique a lei de forma adequada ao caso concreto.

Evidentemente, parte-se do pressuposto que não há como o julgador ter domínio de todas as áreas do conhecimento humano, sendo necessário o auxílio de especialistas. Nesse sentido, o professor Fredie Didier leciona que:

Quando o juiz pode, com sua própria cultura e conhecimento comum, acessar e compreender o que a fonte de prova revela, basta, porém, uma inspeção pessoal. Mas se para apreendê-la é necessário que possua dotes técnicos e científicos, além dos que se pode esperar do juiz-médio, a inspeção da fonte de prova deve ser feita por um expert na matéria, por um perito. O perito substitui, pois, o juiz, naquelas atividades de inspeção que exijam o conhecimento de um profissional especializado. Nesses casos, a inspeção judicial é substituída por uma inspeção pericial (perícia). [...]

A verdade é que o perito substitui o juiz na percepção e análise das fontes de prova, e contribui, com isso, para investigação dos fatos. É, ao mesmo tempo, substituto e auxiliar.

(DIDIER JR., 2015, p. 258)

É de se observar que, nos termos do princípio do convencimento motivado, ou da persuasão racional, o julgador, ao decidir uma causa, deve “apresentar as razões pelas quais entendeu que a prova merece o valor que lhe foi atribuído” (DIDIER JR., 2015, p. 102).

A prova pericial é avaliada em todo o contexto probatório dos autos, não sendo o julgador obrigado a acatar as conclusões do perito no laudo pericial. Ao contrário, o julgador pode aceitá-lo ou recusá-lo, como se vê nos artigos 181 e 182 do CPP.

Art. 181. No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo.

Parágrafo único. A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente.

Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

(BRASIL, Código de Processo Penal, 1941, artigos 181 e 182)

Muito embora seja evidente a ausência de hierarquia entre as provas produzidas pelas partes, a prática revela que um laudo pericial raramente é rejeitado. Até porque não há como negar o resultado da atividade pericial quando é evidente a imparcialidade do perito e a produção da prova se deu com a utilização conhecimentos especializados, por meio de métodos técnicos e científicos. Muitas vezes, frente a um laudo pericial, o réu confessa e descreve detalhadamente o fato delituoso.

Em razão da importância da perícia como fonte probatória do processo penal, há questionamentos acerca da vinculação dos órgãos periciais aos órgãos de segurança pública, no sentido de a prova pericial poder ser contaminada por vontades policiais e políticas, não sendo, no entanto, objeto de estudo neste trabalho.

2. PAPILOSCOPISTA POLICIAL, PERITO CRIMINAL E PERITO MÉDICO LEGISTA: ATRIBUIÇÕES E RESPONSABILIDADES

Serão abordadas, a seguir, as atribuições e responsabilidades dos cargos de Papiloscopista Policial, Perito Criminal e Perito Médico Legista, previstas na legislação vigente para que se possa averiguar suas semelhanças e suas diferenças.

2.1. O PAPILOSCOPISTA POLICIAL

No Distrito Federal, o responsável pelo estudo da papiloscopia é o Papiloscopista Policial, cargo público integrante da Carreira de Polícia Civil do Distrito Federal, exigido, no ingresso, curso superior completo, nos seguintes termos:

Art. 3º A Carreira de Polícia Civil do Distrito Federal é de nível superior e compõe-se dos cargos de Perito Criminal, Perito Médico-Legista, Agente de Polícia, Escrivão de Polícia, Papiloscopista Policial e Agente Policial de Custódia.

Parágrafo único. O ingresso na Carreira referida no caput deste artigo ocorrerá sempre na terceira classe, mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, exigido o nível superior completo, em nível de graduação, e observados os requisitos fixados na legislação pertinente.

[...]

Art. 5º O ingresso nos cargos das carreiras de que trata esta Lei dar-se-á sempre na 3ª (terceira) classe, mediante concurso público, exigido curso superior completo, observados os requisitos previstos na legislação pertinente.

(BRASIL, Lei nº 9.264, 1996, artigos 3º e 5º)

Quanto às funções exercidas pelo Papiloscopista Policial, cabe verificar que a identificação humana pode ser dividida em identificação antropológica (médico ou odontológico) e em identificação judiciária ou policial. Enquanto aquela é baseada em conhecimentos da medicina e ciências correlatas, esta se utiliza da antropometria e das impressões digitais, palmares e plantares para se determinar a identidade de um indivíduo (CROCE, 2012, p. 65).

Feita essa classificação, vê-se que, geralmente, a identificação antropológica é realizada pelo Perito Médico Legista e a identificação judiciária é levada a cabo pelo Papiloscopista. De fato, como o presente trabalho se restringe à atuação do Papiloscopista Policial dos quadros da Polícia Civil do Distrito Federal, cabe averiguar suas atribuições constantes do Regimento Interno do órgão público, abaixo transcritas:

Seção IV - Do Papiloscopista Policial

Art. 98. São atribuições do Papiloscopista Policial:

I - Planejar, coordenar, supervisionar, organizar e realizar todas as perícias atinentes ao cargo.

- II - Desenvolver, no âmbito de sua competência, pesquisas visando aprimorar as técnicas existentes buscando novas tecnologias que possam agilizar e melhorar os resultados dos procedimentos periciais.
 - III - Planejar, coordenar e controlar a realização de captura e pesquisa em sistemas automatizados de leitura, comparação e identificação de impressões papilares.
 - IV - Realizar pesquisas laboratoriais com reagentes para revelação de impressões e fragmentos, bem como para regeneração de tecidos papilares.
 - V - Coordenar, supervisionar e elaborar os laudos periciais atinentes ao cargo, com base em estudos técnico-científicos;
 - VI - Planejar e coordenar programas na área de identificação civil e projetos de atendimento à comunidade, visando assegurar o exercício pleno da cidadania.
 - VII - Realizar perícia papiloscópica em local de crime, em veículos e em materiais.
 - VIII - Realizar perícia necropapiloscópica em cadáveres com estágios diferenciados de decomposição e condição de morte, com a finalidade de estabelecer a identificação.
 - IX - Realizar perícia em vestígios papiloscópicos, efetuando análise técnico-científica de impressões e fragmentos papilares coletados em local de crime, tomando por base todas as minúcias presentes.
 - X - Coordenar e executar o processo de identificação papiloscópica e antropológica civil e criminal.
 - XI - Realizar perícia papiloscópica em documentos, efetuando análise e pesquisa de dados de identificação e de padrões papilares.
 - XII - Realizar perícia poroscópica, objetivando a identificação humana.
 - XIII - Realizar, no âmbito de sua competência, perícia de representação facial humana, a partir de descrição de caracteres somatoscópicos distintivos da face.
 - XIV - Efetuar a coleta, análise, codificação e decodificação de padrões papiloscópicos, visando possibilitar o acesso sistematizado.
 - XV - Realizar perícia de reconstituição facial humana, no âmbito de sua competência, com a finalidade de recompor caracteres somatoscópicos do cadáver que apresenta lesões prejudiciais à sua identificação visual.
 - XVI - Realizar perícias de projeção de envelhecimento e rejuvenescimento facial humano para fins de identificação.
 - XVII - Realizar captura e pesquisa em sistemas automatizados de leitura, comparação e identificação de impressões papilares.
 - XVIII - Realizar pesquisas nos acervos decadactilar, monodactilar, quiroscópico, podoscópico e fotográfico, bem como a organização sistematizada dos mesmos.
 - XIX - Realizar perícia prosopográfica humana, no âmbito de sua competência, visando estabelecer a identificação da pessoa, com base na comparação de pontos característicos do rosto.
 - XX - Supervisionar, elaborar e assinar laudos periciais papiloscópicos, necropapiloscópicos, poroscópicos e outros atinentes ao cargo.
 - XXI - Realizar pesquisas laboratoriais com reagentes para revelação de impressões e fragmentos, bem como para regeneração de tecidos papilares.
 - XXII - Efetuar trabalhos técnicos fotográficos e macrofotográficos para instruir laudos periciais.
 - XXIII - Cumprir e fazer cumprir o presente regimento, regulamentos administrativos e leis em vigor.
 - XXIV - Executar outras atribuições de natureza e requisitos similares.
- (DISTRITO FEDERAL, Decreto nº 30.490, 2009, artigo 98)

Logo, vê-se que as atribuições do Papiloscopista Policial da PCDF são especificamente voltadas à identificação judiciária, salvo a perícia prosopográfica, de sua atribuição, conforme inciso XIX, do artigo 98 supra, embora se exija conhecimentos da medicina.

Nota-se a diversidade de áreas de atuação, sendo ele o responsável por coletar fragmentos de impressões digitais, palmares e plantares na cena do crime (inciso VII), com auxílio de reagentes, se necessário (inciso IV), por processar os fragmentos a fim de identificar o indivíduo que ali esteve (inciso IX), produzindo um laudo pericial ao final (inciso V).

Outrossim, o papiloscopista realiza a identificação de cadáveres (inciso VIII), valendo-se de procedimentos de regeneração de tecidos, se for o caso (inciso XXI).

Também cabe a ele realizar a perícia prosopográfica (inciso XIX), que se resume à identificação de um indivíduo por meio da comparação de pontos característicos da face.

Há, ainda, instrumentos que contribuem sobremaneira para a identificação, como a representação facial humana, vulgo “retrato falado” (inciso XIII), a reconstituição facial humana (inciso XV) e a projeção de envelhecimento e rejuvenescimento (inciso XVI).

Além disso, é da atribuição desse profissional a identificação civil, nos termos do art. 98, inc. VI e X, acima transcrito, que é baseada nas impressões digitais, nos seguintes termos: “Art 8º - A Carteira de Identidade de que trata esta Lei será expedida com base no processo de identificação datiloscópica.” (Lei Federal nº 7.116, 1983, artigo 8º).

Por fim, cabe ao Papiloscopista a realização da identificação criminal (inciso X), prevista no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, regulamentada pela Lei Federal nº 12.037/2009.

Deve-se atentar ao fato que ao realizar a identificação civil de um indivíduo, colhendo suas impressões digitais, estas são a base para a identificação criminal. De fato, o fragmento de impressão digital encontrado em um local de crime deve ser comparado com um padrão para se determinar a identidade. Vê-se, então, que o Papiloscopista, ao realizar a identificação civil, controla a qualidade das impressões que serão utilizadas, eventualmente, em uma investigação criminal, sendo, portanto, de suma importância sua participação nessa etapa.

Já a Lei Orgânica do Distrito Federal (LODF) se refere à Polícia Civil e seus órgãos nos seguintes termos:

Art. 119. À Polícia Civil, órgão permanente dirigido por delegado de polícia de carreira, incumbe, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

[...]

§ 5º Os Institutos de Criminalística, de Medicina Legal e de Identificação compõem a estrutura administrativa da Polícia Civil, devendo seus dirigentes ser escolhidos entre os integrantes do quadro funcional do respectivo instituto.

§ 6º A função de policial civil é considerada de natureza técnica.

§ 7º O ingresso na carreira de policial civil do Distrito Federal é feito na forma da lei.

§ 8º As atividades desenvolvidas nos Institutos de Criminalística, de Medicina Legal e de Identificação são consideradas de natureza técnico-científica.

§ 9º Aos integrantes das categorias de perito criminal, médico-legista e datiloscopista policial é garantida a independência funcional na elaboração de laudos periciais.

(DISTRITO FEDERAL, Lei Orgânica, 1993, artigo 119)

Vê-se, dos dispositivos supra, que as atividades de natureza técnico-científicas são desenvolvidas pelos Institutos de Criminalística, de Medicina Legal e de Identificação, cujos integrantes das categorias respectivas possuem independência funcional na elaboração de seus laudos periciais.

O § 9º, do art. 119, acima transcrito, foi objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, uma no Supremo Tribunal Federal, em relação à expressão “... e datiloscopista policial”; outra no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, impugnando uma Emenda à Lei Orgânica que alterou a expressão “datiloscopista policial” por “perito papiloscopista”. Ambas serão analisadas posteriormente.

2.2. O PERITO CRIMINAL E O PERITO MÉDICO LEGISTA

Nos termos do art. 5º da Lei 12.030/2009, os cargos de Perito Criminal e Perito Médico Legista da Polícia Civil do Distrito Federal são peritos oficiais e suas atribuições seguem abaixo transcritas.

Seção II - Do Perito Criminal

Art. 96. São atribuições do Perito Criminal:

I - Planejar, coordenar e executar estudos e projetos de pesquisa, visando ao estabelecimento de novos métodos e técnicas no campo da Criminalística;

II - Instruir e orientar pessoal sob sua chefia visando estabelecer novas técnicas e procedimentos de trabalho;

III - Realizar exames periciais em locais de infração penal, suicídios e acidentes com vítimas;

IV - Realizar exames em armas e instrumentos utilizados ou presumivelmente utilizados na prática de infrações penais;

V - Efetuar exames documentoscópicos e grafotécnicos;

VI - Realizar perícias contábeis;

VII - Proceder a pesquisas e perícias microscópicas e identificação veicular;

VIII - Realizar coleta de elementos necessários à complementação dos exames periciais;

IX - Realizar perícias e análises laboratoriais, no ramo da biologia, física e química;

X - Elaborar a perícia merceológica;

XI - Proceder a exames de balística forense;

XII - Proceder a exames periciais de informática;

XIII - Proceder a exames periciais na área de engenharia legal e de meio ambiente;

XIV - Proceder às periciais audiovisuais;

- XV - Proceder a exames e emitir laudos e pareceres em todos os assuntos de criminalística e da sua especialidade;
- XVI - Efetuar trabalhos fotográficos para instruir laudos periciais;
- XVII - Orientar servidores visando ao desenvolvimento técnico das atividades voltadas à perícia criminalística;
- XVIII - Presidir sindicâncias e outros procedimentos administrativos;
- XIX - Executar outras atividades decorrentes de sua lotação;
- XX - Cumprir e fazer cumprir o presente regimento, regulamentos administrativos e leis em vigor;
- XXI - Desempenhar outras atividades que se enquadrem no âmbito de suas atribuições.

Seção III - Do Perito Médico Legista

Art.97. São atribuições do Perito Médico Legista:

- I - Supervisionar, coordenar e executar os trabalhos de perícias laboratoriais, toxicológicas, exames radiológicos e outros de mesma natureza, visando à elucidação de infrações penais, suicídios e ocorrências de natureza acidental;
- II - Executar e complementar perícia médico-legal, no vivo e no morto;
- III - Proceder a exames e emitir laudos e pareceres em todos os assuntos de medicina legal e da sua especialidade;
- IV - Instruir e orientar pessoal sob sua chefia visando estabelecer novas técnicas e procedimentos de trabalho;
- V - Planejar, desenvolver e executar estudos e projetos de pesquisa, visando ao estabelecimento de novos métodos e técnicas no campo da medicina legal;
- VI - Estudar e propor medidas destinadas a simplificar o trabalho e a redução dos custos, das atividades periciais;
- VII - Instruir e orientar pessoal sob sua chefia visando estabelecer novas técnicas e procedimentos de trabalho;
- VIII - Executar necropsias, exames clínicos e outros de mesma natureza, visando à elucidação de infrações penais, suicídios e ocorrências de natureza acidental;
- IX - Executar perícias na área da psiquiatria forense;
- X - Efetuar trabalhos fotográficos para instruir laudos periciais;
- XI - Presidir sindicâncias e outros procedimentos administrativos;
- XII - Executar outras atividades decorrentes de sua lotação;
- XIII - Cumprir e fazer cumprir o presente regimento, regulamentos administrativos e leis em vigor;
- XIV - Desempenhar outras atividades que se enquadrem no âmbito de suas atribuições.

(DISTRITO FEDERAL, Decreto nº 30.490, 2009, artigos 96 e 97)

Vê-se, em ambos os cargos, há atribuições referentes à realização de “exames” e “perícias” por meio dos conhecimentos técnico-científicos de cada cargo e, especialmente, no de Perito Criminal, envolvendo conhecimentos de física, química, biologia, contabilidade, entre outras.

Na realidade, é possível inferir que o cargo de Perito Criminal possui atribuições mais amplas que a do Perito Médico Legista, não podendo se considerar invasão nas atribuições de um nas do outro, já que elas estão especificadas no Regimento Interno da PCDF para cada cargo público.

Quanto ao ingresso nos cargos públicos, a Lei Federal nº 9.264/1996 faz as seguintes exigências quanto ao curso superior cursado:

Art. 5º O ingresso nos cargos das carreiras de que trata esta Lei dar-se-á sempre na

3ª (terceira) classe, mediante concurso público, exigido curso superior completo, observados os requisitos previstos na legislação pertinente.

[...]

§ 2º Será exigido para o ingresso na Carreira de Perito Criminal da Polícia Civil do Distrito Federal o diploma de Física, Química, Ciências Biológicas, Ciências Contábeis, Ciência da Computação, Informática, Geologia, Odontologia, Farmácia, Bioquímica, Mineralogia e Engenharia.

§ 3º Será exigido para o ingresso na Carreira de Perito Médico-Legista da Polícia Civil do Distrito Federal o diploma de Medicina.

(BRASIL, Lei nº 9.264, 1996, artigo 5º)

Ao contrário do que ocorre com os Papiloscopistas Policiais, para o ingresso nos cargos de Perito Criminal e de Perito Médico Legista exige-se curso superior em áreas específicas, taxativamente relacionadas em lei.

O artigo 119 da Lei Orgânica do Distrito Federal prevê, em seus parágrafos abaixo transcritos, a estrutura orgânica os órgãos periciais, além de estabelecer a natureza de suas atividades como técnico-científicas e de atribuir-lhes independência funcional.

Art. 119. À Polícia Civil, órgão permanente dirigido por delegado de polícia de carreira, incumbe, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

[...]

§ 5º Os Institutos de Criminalística, de Medicina Legal e de Identificação compõem a estrutura administrativa da Polícia Civil, devendo seus dirigentes ser escolhidos entre os integrantes do quadro funcional do respectivo instituto.

[...]

§ 8º As atividades desenvolvidas nos Institutos de Criminalística, de Medicina Legal e de Identificação são consideradas de natureza técnico-científica.

§ 9º Aos integrantes das categorias de perito criminal, médico-legista e datiloscopista policial é garantida a independência funcional na elaboração de laudos periciais.

(DISTRITO FEDERAL, Lei Orgânica, 1993, artigo 119)

Ainda quanto à estrutura orgânica e à independência funcional, a Lei Distrital nº 837/1994, alterada pela Lei Distrital nº 3.513/2004, dispõe o seguinte sobre a chefia do Departamento de Polícia Técnica (DPT), que, nos termos do Regimento Interno da Polícia Civil, é formado pelos Institutos de Criminalística, de Identificação, de Medicina Legal e de Pesquisa de DNA Forense (DISTRITO FEDERAL, Decreto nº 30.490, 2009, artigo 5º):

Art. 4º O Departamento de Polícia Técnica é dirigido por Perito Criminal, Perito Médico-Legista e Perito Papiloscopista escolhido entre os integrantes do respectivo quadro funcional da Carreira Policial Civil do Distrito Federal.

(DISTRITO FEDERAL, Lei nº 837, 1994, artigo 4º)

Ao limitar a chefia do DPT aos cargos públicos integrantes dos Institutos, o dispositivo reforça a necessidade de independência funcional, evitando ingerências nas atividades desenvolvidas por cada um deles.

3. ANÁLISE DA PROBLEMÁTICA

Com o até aqui exposto, pergunta-se: o cargo de Papiloscopista Policial deve ser considerado perito oficial, como o é o Perito Criminal e o Perito Médico Legista?

3.1. PAPILOSCOPISTA VERSUS PERITO OFICIAL

Cabe verificar que as atribuições de cada cargo, como transcritas alhures, apresentam certa semelhança. Todos eles realizam, nos termos do Regimento Interno da PCDF, “exames” e “perícias” sobre objetos ou pessoas, com base em seus conhecimentos técnico-científicos específicos, a fim de elucidar a materialidade, a autoria e as circunstâncias do possível fato delituoso.

Observa-se que não há hierarquia ou subordinação entre os citados, pelo contrário, há independência funcional, nos termos do já citado art. 119, § 9º, da Lei Orgânica do DF, que foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, quando foi questionada a independência funcional do Papiloscopista Policial. A ADI será analisada em tópico próprio.

Nessa esteira, a Instrução Normativa nº 138/2011 da PCDF trata dos procedimentos relativos à perícia em local de crime e dispõe que:

Art. 4º A coordenação da equipe de perícia em local de crime caberá ao Perito Criminal, que lavrará ocorrência sobre o atendimento, devendo ainda embalar, identificar e encaminhar ao Instituto de Criminalística - IC os vestígios e os objetos coletados para exame naquele Instituto, disponibilizando, tais informações, a autoridade policial mediante solicitação.

Parágrafo único: caberá ainda ao Perito Criminal controlar o ingresso e permanência de pessoas na cena do crime durante a realização dos exames periciais

Art. 5º A coleta de fragmentos papiloscópicos latentes de superfície e/ou necropapiloscópicos em locais de crime, bem como o encaminhamento de objetos para o Instituto de Identificação - II, caberá ao Papiloscopista Policial, o qual deliberará acerca do interesse e/ou necessidade de tais procedimentos.

Parágrafo único: a coleta, em locais de crime, de fragmentos papiloscópicos latentes, que necessitam de aplicação de reagentes, produtos químicos em geral ou de procedimentos especiais para sua revelação e identificação, será realizada após a coleta dos demais vestígios.

[...]

Art. 7º Quando, sobre o mesmo objeto ou vestígio recolhido em local de crime, recair interesse conjunto do Perito Criminal e do Papiloscopista Policial para encaminhamento, respectivamente, ao Instituto de Criminalística e ao Instituto de Identificação, terá preferência o exame papiloscópico, exceto quando:

I - o objeto ou vestígio a ser examinado estiver contaminado com material biológico, tais como sangue, sêmen, saliva e outros;

II - a realização preliminar dos exames por parte do Instituto de Identificação puder

prejudicar o exame pericial a ser realizado pelo Instituto de Criminalística;

§1º A aferição das hipóteses contempladas nos incisos anteriores cabe ao Perito Criminal, devendo este, no caso do inciso II, justificar as razões de seu convencimento, por escrito na ocorrência de atendimento.

§2º O Instituto que primeiro estiver na posse do objeto deverá remetê-lo em até 96 (noventa e seis) horas para o outro Instituto, para complementação dos exames, devendo a remessa observar os procedimentos gerais do sistema de protocolo da PCDF, salvo em caso de impossibilidade técnica, devidamente justificada, quando então será solicitada a prorrogação do prazo ao Departamento de Polícia Técnica, de acordo com a complexidade do exame.

§3º Não havendo mais interesse dos Institutos nos objetos e vestígios recolhidos em local de crime, serão estes encaminhados à Unidade Policial que originou a respectiva ocorrência ou para a Unidade Policial requisitante do exame pericial, ou ainda para a Central de Guarda e Custódia de Vestígios da Polícia Civil do Distrito Federal, conforme o caso.

(DISTRITO FEDERAL, Polícia Civil do Distrito Federal, Instrução Normativa nº 138, 2011, artigos 4º ao 7º)

Os artigos 4º e 5º definem os papéis do Perito Criminal e do Papiloscopista Policial nas perícias em local de crime, conforme as atribuições de cada cargo, cabendo, ao primeiro, a “coordenação” da equipe. A Instrução Normativa prevê, ainda, em seu art. 7º, como proceder em caso de o vestígio ser de interesse comum.

Outrossim, o Departamento de Polícia Técnica é formado pelo Instituto de Criminalística, pelo Instituto de Medicina Legal, pelo Instituto de Pesquisa em DNA Forense e pelo Instituto de Identificação. Nos três primeiros, laboram Peritos Criminais e Peritos Médicos Legistas. Já no último laboram os Papiloscopistas Policiais. Ora, se organicamente as repartições citadas foram categorizadas por “Institutos”, por que haveria um Instituto de Identificação se neste não laborassem peritos?

Destaca-se, ainda, que o Departamento de Polícia Técnica, nos termos do art. 4º da Lei Distrital nº 837/1994, transcrito no capítulo anterior, deverá ser dirigido por membro integrante de um dos três cargos em comento, não havendo condição ou termo. Posto isto, como poderia o Papiloscopista, não sendo considerado perito, dirigir um Departamento eminentemente pericial?

Por outro ponto de vista, o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria Nacional de Segurança Pública, lançou um documento sintetizando procedimentos em diversas áreas periciais, afirmando o que: “O Programa trabalha com sete grandes áreas periciais prioritárias e a padronização de suas principais atividades visa uniformizar o processo de produção da prova técnica no país” (BRASIL, Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2013, p. 7).

As áreas periciais citadas são: balística forense, genética forense, informática forense, local de crime, medicina legal, papiloscopia e química forense (BRASIL, Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2013, p. 5).

Com isso, evidencia-se que o Ministério da Justiça categorizou a papiloscopia como “área pericial prioritária”, muito embora se questione acerca da natureza pericial das atividades dos Papiloscopistas.

Quanto à remuneração percebida pelos cargos em comento também são diferentes, a Lei Federal nº 12.804/2013, prevê o subsídio inicial (3ª Categoria) para os cargos de Perito Criminal e Perito Médico Legista de R\$ 16.830,85, o mesmo para o cargo de Delegado de Polícia (BRASIL, Lei nº 12.804, 2013, Anexos IV e V). Já para o Papiloscopista Policial, o subsídio inicial (3ª Categoria) é de R\$ 8.698,78, o mesmo para os cargos de Agente de Polícia, Escrivão de Polícia e Agente Penitenciário (BRASIL, Lei nº 12.804, 2013, Anexo V).

3.2. PROJETOS DE LEI ENVOLVENDO OS PAPILOSCOPISTAS

Três principais Projetos de Lei tentaram dar tratamento de perito oficial aos Papiloscopistas, como veremos.

A Lei nº 12.030/2009, que trata da perícia oficial, tramitou na Câmara dos Deputados de 1997 a 2008, sob o Projeto de Lei nº 3.653/1997. Entre muitas comissões, debates e emendas, foi aprovada a seguinte redação final e encaminhada à apreciação do Senado Federal:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais para as perícias oficiais de natureza criminal.

Art. 2º No exercício da atividade de perícia oficial de natureza criminal, é assegurado autonomia técnica, científica e funcional, exigido concurso público, com formação acadêmica específica, para o provimento do cargo de perito oficial.

Art. 3º Em razão do exercício das atividades de perícia oficial de natureza criminal, os peritos de natureza criminal estão sujeitos a regime especial de trabalho, observada a legislação específica de cada ente a que se encontrem vinculados.

Art. 4º As atividades de perícia oficial de natureza criminal são consideradas como exclusivas de Estado.

Art. 5º Observado o disposto na legislação específica de cada ente a que o perito se encontra vinculado, são peritos de natureza criminal os peritos criminais, peritos medicolegistas e peritos odontolegistas com formação superior específica detalhada em regulamento, de acordo com a necessidade de cada órgão e por área de atuação profissional.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.
(BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 3.653/1997, Redação Final, 2008, p. 1)

Ao chegar à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal (CCJ), o Senador da República Jayme Campos, em seu relatório, expôs o que se segue:

Observamos, entretanto, que a inclusão da classe dos papiloscopistas no rol das atividades regulamentadas pelo projeto ora sob análise --- conforme proposta no texto aprovado pela Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público da

Câmara dos Deputados e não contemplada na atual redação que chega ao Senado Federal ---, se faz de todo indispensável, em virtude da importância das atribuições e da responsabilidade do perito papiloscopista, como profissional imprescindível para a segurança pública e para a sociedade. A ele compete o trabalho de classificação, análise e comparações das impressões digitais, desempenhando suas importantes atividades através dos Institutos de Identificação. Na área civil ele trabalha na coleta de impressões digitais para confecção da carteira de identidade e, na área criminal, atua de forma a fornecer Atestados de Antecedentes Criminais, Boletins de Identificação Criminal (BIC), Retrato Falado, pesquisa nos arquivos decadactilares, Identificação de Cadáveres, até mesmo o levantamento de impressões digitais em locais de crime.

Cumprido ressaltar que, por falta da referida regulamentação, tem ocorrido de advogados impetrarem ações de argüindo a completa nulidade de laudo pericial subscrito por papiloscopistas que, “por não serem peritos oficiais, não teriam atribuição para elaborar laudos, contrariando o art. 159 do CPP e o art. 1º do Decreto-Lei 2.251/85”, no sentido da obtenção da soltura de réus a que se atribui a prática de atos criminosos com base na identificação de impressões digitais.

Insistimos, portanto, no reconhecimento dos profissionais desta categoria como peritos oficiais.

(BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei da Câmara nº 204/2008, Parecer CCJ, 2009, p. 4)

Sendo assim, o próprio Relator junto à CCJ explicitou a ausência dos papiloscopistas na proposição, tendo ainda realçado sua relevância para a segurança pública e para a sociedade. O relator, ao final de seu relatório, opinou pela aprovação do então PLC nº 204/2008 com a seguinte emenda ao artigo 5º:

“Art. 5º Observado o disposto na legislação específica de cada ente a que o perito se encontra vinculado, são peritos de natureza criminal os peritos criminais, peritos médico-legistas, peritos odonto-legistas, com formação superior específica detalhada em regulamento, e os papiloscopistas, de acordo com a necessidade de cada órgão e por área de atuação profissional.”

(BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei da Câmara nº 204/2008, Parecer CCJ, 2009, p. 5)

Em junho de 2009, a Senadora Ideli Salvatti, em substituição ao relator Jayme Campos, reformula o relatório do Projeto de Lei, retirando a emenda do relator. O parecer foi aprovado pela CCJ e o Projeto de Lei foi encaminhado à votação no Plenário do Senado Federal.

O Projeto foi aprovado e sancionado, com veto parcial, pelo Presidente da República. Foi vetado dispositivo que estabelecia as atividades periciais de natureza criminal como exclusivas de Estado, que não é objeto de estudo neste trabalho.

Ainda em junho de 2009, foi proposto o Projeto de Lei do Senado nº 244 de 2009 pela Senadora Ideli Salvatti, assim ementado: “Dispõe sobre a condição de perito oficial dos papiloscopistas em suas perícias específicas e dá outras providências.” (BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei do Senado nº 244/2009).

Já o seu conteúdo, deixava explícita a natureza de perícia oficial desses profissionais, como é de se ver pela transcrição do inteiro teor da redação final do Projeto na Câmara dos Deputados:

Art. 1º São peritos oficiais para fins cíveis e criminais, nas suas áreas específicas, os papiloscopistas e demais servidores públicos com denominações equivalentes, que exerçam atividades de perícias papiloscópicas e necropapiloscópicas.

Art. 2º Os papiloscopistas ingressarão no serviço público, mediante concurso em que se exige formação de nível superior, e, no exercício de perícia oficial de sua competência, terão assegurada autonomia técnica e científica.

Parágrafo único. Os papiloscopistas e demais servidores com denominações equivalentes que ingressarem no serviço público sem exigência do diploma de curso superior, antes da entrada em vigor desta Lei, continuarão a atuar, exclusivamente, nas áreas para as quais se habilitaram.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

(BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 5.649/2009, Redação Final, 20011, p. 1)

A proposição legislativa veio para sanar a omissão, quanto aos papiloscopistas, do então Projeto de Lei que viria a se transformar na Lei nº 12.030/2009. A fim de justificar tal projeto de lei, a Senadora da República Ideli Salvati, autora da proposição, afirmou que:

De fato, é de fundamental importância e urgência o reconhecimento das atividades dos papiloscopistas e equivalentes, servidores públicos lotados em instituições oficiais, quando elaboram representação facial humana, laudos papiloscópicos e necropapiloscópicos, como sendo atividades de perícia oficial.

Não proceder assim, é permitir o questionamento de milhares de laudos que instruem processos cíveis e criminais, possibilitando a anulação de prisões (com consequentes indenizações vultosas contra a União), bem como questionamentos de processos do Supremo Tribunal Federal (extradições, expulsões), da INTERPOL e Consulados do Brasil no exterior (procurados internacionais, brasileiros presos e cadáveres não identificados no exterior), das delegacias de polícia e varas criminais (indiciados foragidos que, usando documentos falsos, utilizam outros nomes, arguindo sua primariedade), instituições que costumeiramente se utilizam de laudos papiloscópicos, bem como indenizações de seguros, direitos de herança, etc, às famílias das vítimas identificadas por esses competentes servidores.

(BRASIL, Senado Federal, Projeto de Lei do Senado nº 244/2009, Avulso Inicial da Matéria, 2009, p. 2)

A Senadora esclareceu a importância de considerar como perícia oficial as atividades dos papiloscopistas, apontando, ainda, possíveis consequências da não aprovação da proposição.

Ocorre que, tendo tramitado nas duas Casas Legislativas e ido à sanção, a Presidente da República editou a Mensagem nº 315 ao Presidente do Senado Federal vetando integralmente o Projeto de Lei nos seguintes termos:

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar integralmente, por inconstitucionalidade, o Projeto de Lei nº 244, de 2009 (nº 5.649/09 na Câmara dos Deputados), que "Dispõe sobre a condição de perito oficial dos papiloscopistas em suas perícias específicas e dá outras providências".

Ouvidos, os Ministérios da Justiça, do Planejamento, Orçamento e Gestão, da

Fazenda e a Advocacia-Geral da União manifestaram-se pelo veto ao projeto conforme as seguintes razões:

"O projeto de lei é inconstitucional, uma vez que, mesmo não sendo de iniciativa do Presidente da República, dispõe sobre regime jurídico de servidores públicos, contrariando o disposto no art. 61, § 1º, II da Constituição. Além disso, também de maneira inconstitucional, o projeto invade competência dos Estados, em violação ao princípio federativo, ao tratar de regras relativas à organização da polícia civil."

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

(BRASIL, Mensagem Presidencial nº 315, 2013, Seção 1, p. 7)

O Veto foi mantido após apreciação do Congresso Nacional.

Em novembro de 2011, foi apresentado o Projeto de Lei nº 2.754/2011 pelo Deputado Luciano Castro, cujo teor era:

Art. 1º Fica alterada, nos diplomas legais e administrativos pertinentes, a denominação da categoria funcional de Papiloscopista Policial para Perito Papiloscopista.

Parágrafo único. Para a categoria funcional de Perito Papiloscopista será exigido diploma de curso superior devidamente registrado.

Art. 2º O Poder Executivo regulamentará esta lei.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

(BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 2.754/2011, Inteiro Teor, 2011, p. 1)

A proposição supra talvez teria desafiado o pacto federativo, já que teria imposto requisito de diploma de curso superior e que teria alterado nome de cargo público pertencente aos quadros dos Estados e do Distrito Federal, não podendo a União fazê-los unilateralmente.

De toda sorte, a matéria foi alterada, tendo sido aprovada a seguinte redação final na Câmara dos Deputados:

Art. 1º O art. 5º da Lei nº 12.030, de 17 de setembro de 2009, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 5º Observado o disposto na legislação específica de cada ente a que o perito se encontra vinculado, são peritos de natureza criminal os peritos criminais, os peritos médico-legistas, os peritos odontologistas e os peritos em papiloscopia, com formação superior específica detalhada em regulamento de acordo com a necessidade de cada órgão e por área de atuação profissional."(NR)

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

(BRASIL, Câmara dos Deputados, Projeto de Lei nº 2.754/2011, Redação Final, 2014, p. 1)

O Projeto foi emendado no sentido de alterar a Lei nº 12.030/2009, resguardando a disposição legislativa de cada ente da federação acerca dos peritos.

O texto não foi alterado no Senado Federal, tendo ido à sanção presidencial em setembro de 2014 e sido integralmente vetado nos seguintes termos:

Senhor Presidente do Senado Federal,
Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar integralmente, por inconstitucionalidade, o Projeto de Lei nº 78, de 2014 (nº 2.754/11 na Câmara dos Deputados), que "Altera o art. 5º da Lei nº 12.030, de 17 de setembro de 2009, para incluir entre os peritos oficiais os peritos em

papiloscopia”.

Ouvidos, os Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e a Advocacia-Geral da União manifestaram-se pelo veto ao projeto pelas seguintes razões:

“O projeto de lei é inconstitucional, uma vez que dispõe sobre regime jurídico de servidores públicos, sem ser de iniciativa do Presidente da República, contrariando o disposto no art. 61, § 1º, inciso II, da Constituição. Além disso, encontra-se em atividade grupo de trabalho conjunto, composto por representantes do Poder Executivo e das categorias envolvidas, formado com o intuito de apresentar proposta comum de reestruturação da Carreira Policial Federal relativa aos cargos de Agente, Escrivão e Papiloscopista do Departamento de Polícia Federal, em decorrência do Termo de Acordo nº 01/2014.”

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.

(BRASIL, Mensagem Presidencial nº 285, 2014, Seção 1, p. 5)

Como visto, a proposição foi vetada integralmente tendo sido alegada inconstitucionalidade. Diz-se que a matéria deveria ser de iniciativa do Presidente da República e não de Deputado Federal, como o foi. Esse mesmo argumento embasa a ADI 4.354/DF que tenta declarar inconstitucional a Lei nº 12.030/2009.

O veto integral foi analisado e mantido pelo Congresso Nacional.

3.3. JURISPRUDÊNCIA APLICADA

O já transcrito art. 119, § 9º, da Lei Orgânica do DF teve sua redação original reestabelecida após julgamento da ADI 2004.00.2.008821-3 – TJDF. O texto declarado inconstitucional tinha dado redação ao dispositivo com a promulgação da Emenda à Lei Orgânica nº 34 de 2001, que enunciava: “§ 9º Aos integrantes das categorias de perito criminal, médico-legista e perito papiloscopista é garantida a independência funcional na elaboração dos laudos periciais” (Emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal, 2001, artigo 1º).

A ADI citada, proposta por Pelo Procurador-Geral de Justiça do DF, foi julgada parcialmente procedente em 23/05/2006, ficando assim ementada:

CONSTITUCIONAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - EMENDA À LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL - ORGANIZAÇÃO DA POLÍCIA CIVIL - VÍCIO FORMAL E MATERIAL - ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - PRELIMINAR REJEITADA E ADI JULGADA PROCEDENTE - DECISÃO POR MAIORIA.

1) É admissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade quando haja, em tese, violação a preceito normativo da Lei Orgânica do Distrito Federal. Para tanto, em tais casos, a competência é do TJDF. 2) Compete à União - que organiza e mantém a Polícia Civil do DF - legislar, com exclusividade, sobre a categoria, mormente quando cuida-se de criação de cargos. 3) No âmbito do Distrito Federal, a emenda à LODE, para ser apreciada, reclama o "quorum" qualificado, proponente, sob pena de comprometimento formal de origem.

(BRASIL, TJDF, Conselho Especial, ADI 2004.00.2.008821-3, Relator: Des. Otávio Augusto, Relator Designado: Des. Eduardo de Moraes Oliveira, Data do Julgamento: 21/05/2007)

Embora apresentada no sentido supra, a *ratio decidendi* do julgado foi a existência de vício formal subjetivo, por a emenda ter sido proposta por um grupo de 9 parlamentares distritais, quando deveria ter sido proposta pelo chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 71, § 1º, II, da LODE, abaixo transcrito.

Art. 71. A iniciativa das leis complementares e ordinárias, observada a forma e os casos previstos na Lei Orgânica, cabe:

[...]

§ 1º Compete privativamente ao Governador do Distrito Federal a iniciativa das leis que disponham sobre:

[...]

II – servidores públicos do Distrito Federal, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

(DISTRITO FEDERAL, Lei Orgânica, 1993, artigo 71)

Ficando mais evidente no voto do vogal Des. Sérgio Bittencourt, constante do inteiro teor das discussões:

Senhor Presidente, com a devida vênia do eminente Desembargador Edson Alfredo Smaniotto, também entendo que há, no caso, vício formal, não pelo número de parlamentares que tiveram a iniciativa de proposição da emenda, mas, sim, porque essa emenda fere de morte a própria Lei Orgânica. Em caso similar – aliás esse precedente foi citado na sessão anterior, conforme verifiquei das notas taquigráficas -, decidiu o Supremo Tribunal Federal que matéria restrita à iniciativa do Poder Executivo não pode ser regulada por emenda constitucional de origem parlamentar. A questão se resume a lei ordinária, e, no entanto, fez-se uma emenda à Lei Orgânica para burlar o processo legislativo normal.

Por isso entendo que, de fato, trata-se de vício formal. Fica, portanto, meu voto nesse sentido: reconheço a inconstitucionalidade pelo aspecto formal.

(BRASIL, TJDF, Conselho Especial, ADI 2004.00.2.008821-3, Relator: Des. Otávio Augusto, Relator Designado: Des. Eduardo de Moraes Oliveira, Data do Julgamento: 21/05/2007)

Contra essa decisão, foi interposto o Recurso Extraordinário nº 562.136/DF, que teve o seguimento negado em razão da ausência de demonstração da repercussão geral do tema, conforme despacho publicado no DJE nº 96, de 27/05/2010.

Dessa decisão, vê-se que não foi abordada a específica questão de ser o papiloscopista ser ou não perito oficial. Na realidade, essa alteração na Lei Orgânica do DF seria, ao menos em tese, também inconstitucional frente à Constituição Federal, já que viola o seu art. 21, XIV, já que o tema é de competência da União, como se vê abaixo.

Art. 21. Compete à União:

[...]

XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio;

(BRASIL, Constituição Federal, 1988, artigo 21)

Além disso, viola também a Lei Federal nº 9.624/1996 por tratar de servidor diferente dos existentes na Carreira de Polícia Civil do DF, a seguir listados:

Art. 3º A Carreira de Polícia Civil do Distrito Federal é de nível superior e compõe-se dos cargos de Perito Criminal, Perito Médico-Legista, Agente de Polícia, Escrivão de Polícia, Papiloscopista Policial e Agente Policial de Custódia.
(BRASIL, Lei nº 9.264, 1996, artigo 3º)

Logo, ao emendar a Lei Orgânica e se referir a “Perito Papiloscopista”, ao invés de “Papiloscopista Policial”, a Câmara Legislativa do DF cometeu uma inconstitucionalidade, seja por seu vício formal em sua iniciativa, frente à Lei Orgânica do DF, ou em razão de ser matéria de competência privativa da União, frente à Constituição Federal.

No entanto, cabe, ainda, mais uma observação acerca do art. 119, § 9º, da Lei Orgânica Distrital. O Governador do DF ajuizou a ADI 1.477/1999 no STF a fim de que fosse declarada a inconstitucionalidade da expressão “...e datiloscopista policial” pelos seguintes motivos, constantes da exordial:

Feitas as digressões acima, passemos ao nó górdio da quaestio iuris aqui identificada. Consoante transcrito linhas volvidas, o § 9º, do artigo 119 da Lei Orgânica do Distrito Federal, facultou aos datiloscopistas policiais a possibilidade de elaborarem laudos periciais. Duas perguntas são inevitáveis e certamente darão fundamento para o deslinde da controvérsia aqui posta: seria isto possível???; podia a Lei Orgânica do Distrito Federal ampliar o rol de auxiliares da justiça inserto no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal, intrometendo-se no fundamental CAPÍTULO DOS MEIOS DE PROVA, e, especado na competência concorrente que lhe é outorgada pela Lei Fundamental para legislar sobre procedimentos em matéria processual, definir quem tem qualidade de perito???

Permissa data, à toda evidência impõe-se a negativa da resposta; a uma, porque a Lei Orgânica distrital ao facultar ao datiloscopista policial a viabilidade de elaborar laudo pericial, invadiu competência privativa da União (CF., artigo 22, inciso I), pois a definição daqueles que, auxiliando o Juízo, interferirão diretamente na obtenção dos meios de prova, é matéria de estatura processual; a duas, porque a atribuição de competência para os auxiliares da justiça não é – e jamais o será – reflexo de eventual legislação sobre “procedimentos em matéria processual”, isto é, sobre “o laudo exterior desses atos (componentes do processo), isto é, a forma particular de cada um e o modo pelo qual eles se coordenam e se sucedem” (José Frederico Marques, in “Manual de Direito Processual Civil”, Saraiva, 10ª edição, 1983, p. 140); a três, porque o dispositivo da LODF colide frontalmente com as leis federais (Código de Processo Civil e Código de Processo Penal), que exigem que as perícias sejam feitas por profissionais de nível universitário e o Decreto-lei n. 2.266, de 12 de março de 1985 (doc. 1), ao criar a Carreira Policial Civil do Distrito Federal, é incontestado no sentido de erigir como requisito indispensável ao provimento do cargo de datiloscopista policial apenas o nível médio.
(BRASIL, STF, ADI 1477/DF, Relator: Octavio Galotti, Data do Julgamento: 02/09/1999)

A Procuradoria-Geral da República, em parecer nos autos, fez as seguintes considerações, opinando, ao final, pela improcedência da ADI.

A garantia da independência na elaboração de laudos periciais que venham a ser elaborados pelo datiloscopista policial, cerne da controvérsia em apreço, não conflita com a Constituição Federal.

[..]

Outrossim, a norma impugnada trata da disciplina interna a ser observada apenas no âmbito da polícia civil do Distrito Federal, sendo por conseguinte de natureza administrativa, de organização de serviços, pois, na medida em que assegura aos seus destinatários independência funcional para que possam realizar com o tecnicismo e imparcialidade que lhes são exigidos os laudos periciais, afasta esse dispositivo legal a ingerência deletéria de toda sorte que possa eventualmente desvirtuar um trabalho eminentemente técnico-científico como se caracteriza a perícia.

(BRASIL, STF, ADI 1477/DF, Relator: Octavio Galotti, Data do Julgamento: 02/09/1999)

Já na sessão de julgamento, a natureza técnico-científica das atividades periciais, inclusive pelo Papiloscopista, foi abordada pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto, tendo proferido o que se segue:

Senhor Presidente, também não entendo a norma como a versar sobre a instrumentalidade, em si, sobre algo que diga respeito ao direito processual, no que ela simplesmente revela que os integrantes das categorias de perito criminal, médico legista, datiloscopista policial terão independência funcional na elaboração do trabalho que vierem a realizar. São atividades essencialmente técnicas e que, portanto, não podem ficar subordinadas a outras interferências, a outras ingerências.

(BRASIL, STF, ADI 1477/DF, Relator: Octavio Galotti, Data do Julgamento: 02/09/1999)

Por fim, a ADI foi julgada improcedente, por unanimidade, tendo sido ementada com o seguinte texto:

EMENTA: Não invade competência legislativa da União o disposto no art. 119 da Lei Orgânica do Distrito Federal, ao conferir aos datiloscopistas policiais, a garantia de independência funcional, na elaboração de laudos periciais (Constituição Federal, artigos 22, I e XVII, 21, XIII e XIV e 24, XI e XVI).

(BRASIL, STF, ADI 1477/DF, Relator: Octavio Galotti, Data do Julgamento: 02/09/1999)

Em 27 de novembro de 2014, nos autos nº 2013.01.1.097665-6 da 2ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal, em ação de autoria da Associação Brasiliense dos Peritos em Criminalística (ABPC), foi proferida sentença com o seguinte dispositivo:

Forte em tais razões, julgo procedente o pedido para determinar ao Distrito Federal que se abstenha de permitir que os servidores Papiloscopistas Policiais exerçam as funções inerentes ao cargo de Perito Criminal. Também estão impedidos de se identificarem como "Peritos", inclusive em relação ao uso de roupas, distintivos e, especialmente, em relação à emissão de documentos oficiais.

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ação nº 2013.01.1.097665-6. 2ª Vara de Fazenda Pública. Data da Sentença: 27/11/2014. Publicada no DJE de 28/11/2014.)

No entanto, a decisão foi reformada por apelação interposta pelo Distrito Federal nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. POLÍCIA CIVIL. DF. CARGO. PAPILOSCOPISTA. NATUREZA TÉCNICA-CIENTÍFICA. LAUDO PERICIAL. VALIDADE.

Não há dúvida de que há distinção normativa acerca dos cargos de Perito Criminal, Perito Médico-Legista e o Papiloscopista Policial. Todavia, tal circunstância não importa em vedação normativa aos Papiloscopista para realização de perícias ou de

se apresentar como Peritos, ou ainda, que os documentos que produzem não possam ser considerados "laudos periciais", até mesmo porque, o artigo 159 do Código de Processo Penal não esclarece quem são os profissionais denominados "peritos oficiais", responsáveis pela elaboração de perícias criminais.

As atividades desenvolvidas pelos papiloscopistas possuem nítida natureza técnico-científica, conforme o texto do §8º, do art. 119, da Lei Orgânica do DF.

A respeito do julgamento da ADI 20040020088213, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a Emenda n.º 34 que alterava o §9º, do art. 119, da Lei Orgânica do Distrito Federal por vício de forma, uma vez que qualquer alteração na denominação e estrutura do cargo seria da competência da União (norma federal), ente federativo responsável pela manutenção da Polícia Civil local e não por norma distrital.

O fato de não constar da nomenclatura do cargo de papiloscopista policial o termo "perito" não tira dele suas características intrínsecas.

Apelação e reexame necessários conhecidos e providos.

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação nº 2013.01.1.097665-6. 6ª Turma Cível. Relator: Des. Hector Valverde. Data do Julgamento: 29/07/2015. Publicada no DJE de 07/08/2015.)

Em face desse acórdão foi interposto Recurso Especial, estando, até a conclusão deste Trabalho, pendente de julgamento.

Em 2006, muito embora a decisão proferida no âmbito do HC 71.563/RJ, julgado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), diga respeito aos Papiloscopistas Policiais Federais, cabe salientar a interpretação da Corte acerca das atividades dos papiloscopistas em geral.

Em síntese, o caso trata do pedido da defesa de um dos corréus de nulidade e desentranhamento dos autos de laudo papiloscópico, por não ter sido subscrito por perito criminal. No contexto, o réu respondia pela prática do crime de tráfico de drogas e sua impressão digital foi encontrada em uma fita adesiva (BRASIL, STJ, Habeas Corpus 71563/RJ, 6ª Turma, Relator: Min. Nilson Naves, Data do Julgamento: 19/06/2007, Publicado no DJE de 10/09/2007).

O julgamento do *Habeas Corpus* ficou assim ementado:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PROVA DA AUTORIA. "LAUDO PAPILOSCÓPICO". NATUREZA DE INFORMAÇÃO TÉCNICA. NULIDADE DA SENTENÇA. RECONHECIMENTO. NECESSIDADE DE ENVIO DA INFORMAÇÃO TÉCNICA AOS PERITOS OFICIAIS.

1. A informação técnica oriunda dos papiloscopistas deve ser encaminhada aos peritos oficiais a fim de se elaborar o laudo pericial, sob pena de violação do art. 159 do CPP, bem como do teor do art. 6º da instrução normativa n.14-DG/DPF, de 30.06.05.

2. Ordem concedida, em parte, pelo voto médio, para anular a sentença e determinar que seja encaminhada aos peritos criminais a "perícia papiloscópica" n. 401/2005-INI elaborada pelos papiloscopistas policiais federais, para a elaboração de laudo, nos termos do art. 6.º da Instrução Normativa n. 14-DG/DPF, de 30.06.2005. Após a apresentação do laudo, as partes deverão ser intimadas para se manifestar, proferindo-se nova sentença"

(BRASIL, STJ, Habeas Corpus 71563/RJ, 6ª Turma, Relator: Min. Nilson Naves, Data do Julgamento: 19/06/2007, Publicado no DJE de 10/09/2007)

Por esse julgado, o STJ entendeu que haveria a necessidade de os Peritos Criminais Federais subscrevessem os laudos de perícia papiloscópica.

Apesar de também não ser um julgado referente aos Papiloscopistas Policiais do DF, o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos nº 0005193-94.2014.8.26.0619, é digno de análise. A parte dispositiva da sentença, publicada em 15/04/2015, foi assim prolatada:

Isso posto, JULGO PROCEDENTE a demanda, na forma do art. 269, I, do CPC, condenando a FESP a pagar a José Eduardo Márcico, as diferenças de vencimentos existentes entre o seu cargo de origem, Papiloscopista Policial, e os do cargo paradigma de Perito Policial, no período compreendido entre 11/07/2009 até a data de publicação da presente sentença.

(SÃO PAULO, TJSP, Ação 0005193-94.2014.8.26.0619, 1ª Vara de Taquaratinga, Data da Sentença: 13/04/2015, Publicada no DJE de 15/04/2015)

Não satisfeita, a Fazenda Pública do Estado de São Paulo (FESP) interpôs apelação em face da decisão do juízo *a quo*, caso também sujeito ao reexame necessário. Ambos foram desprovidos e o julgamento ficou assim ementado:

Reexame necessário/Apelação Cível Ação Ordinária Servidor público estadual que, embora ocupante do cargo de Papiloscopista, exerceu, na prática, tarefas inerentes ao cargo de Perito Policial Autor que pretende receber as diferenças salariais decorrentes do desvio de função - Sentença de procedência Reexame necessário e recurso da FESP Desprovidos - Desvio de função que resguarda o direito do autor em receber as diferenças salariais devidas, observada a prescrição quinquenal, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública Não há que falar em afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição Federal, nem à Súmula nº 339 do E. STF Precedentes - Verba devida com incidência de correção monetária e juros de mora, nos termos da LF nº 11.960/09 Ônus de sucumbência mantidos - R. Sentença mantida. Reexame necessário e recurso da FESP desprovidos.

(SÃO PAULO, TJSP, Apelação 0005193-94.2014.8.26.0619, 6ª Câmara de Direito Público, Relator: Des. Sidney Romano, Data do Julgamento: 05/10/2015, Publicado no DJE de 09/10/2015)

Dessa forma, o TJSP entendeu que, tendo o autor juntado “... laudos confeccionados desde 1995, relatórios de investigação, boletins de ocorrência com chamadas para atendimento de local de crime...” (SÃO PAULO, TJSP, Apelação 0005193-94.2014.8.26.0619, 6ª Câmara de Direito Público, Relator: Des. Sidney Romano, Data do Julgamento: 05/10/2015, Publicado no DJE de 09/10/2015), ele estaria, na realidade, exercendo as atribuições do cargo de perito policial, em desvio de função, sendo argumentado que:

Ora, muito embora deva a Administração se atentar para o princípio da legalidade estrita, não há como se deixar cegar por excessivo formalismo e negar a própria realidade em que as Administrações Públicas se socorrem de mecanismos diversos para burlar tal princípio e designar informalmente servidores para cargos diversos dos quais foram selecionados.

Em casos como o dos autos, impõe-se o reconhecimento do direito ao recebimento da diferença entre um e outro cargo, sob pena de indevido e imoral locupletamento

ilícito pela Administração Pública Estadual, em razão do tipo de serviço prestado pelos servidores.

(SÃO PAULO, TJSP, Apelação 0005193-94.2014.8.26.0619, 6ª Câmara de Direito Público, Relator: Des. Sidney Romano, Data do Julgamento: 05/10/2015, Publicado no DJE de 09/10/2015)

O Tribunal, então, entendeu que o servidor, ao realizar as atribuições intrínsecas ao cargo ocupado (Papiloscopista) exercia, na realidade, a função de Perito Policial, cabendo a indenização pelos valores que deveria ter recebido. Nessa linha de raciocínio, o Estado de São Paulo estaria se locupletando indevida e imoralmente com a diferença de remuneração que deixou de pagar ao servidor pelas suas atividades executadas.

O processo em tela já transitou em julgado, estando, atualmente, na fase de cumprimento de sentença.

3.4. PAPILOSCOPISTAS COMO PERITOS EM OUTROS ESTADOS

Alguns entes da federação, entendendo haver a necessidade de regularizar tal situação, realizaram alterações na legislação que trata de seus servidores papiloscopistas, seja quanto à nomenclatura do cargo, seja quanto à remuneração, ou ambas.

Dessa forma, seguem exemplos de entes que efetivaram essas alterações, observando que, em alguns casos, houve questionamento judicial acerca da inconstitucionalidade das mudanças no cargo público. Ressalta-se que não foi realizado levantamento acerca da situação de todos os estados.

O Estado do Acre, desde a edição da Lei Orgânica da Polícia Civil, trata o profissional em papiloscopia como Perito Papiloscopista, nos seguintes moldes:

Art. 43. À Polícia Civil de Carreira, atualmente integrada por cargos de nível superior e de nível médio, observadas as alterações constantes do inciso VII e do parágrafo único do art. 67, desta lei complementar, incumbe as atribuições relativas ao desempenho de atividades de polícia judiciária e de polícia administrativa de manutenção da ordem pública do Estado, a qual é instituída das seguintes categorias funcionais policiais civis:

I - Nível Superior:

- a) Delegado de Polícia Civil;
- b) Perito Criminal; e
- c) Perito Médico-legista.

II - Nível Médio:

- a) Agente de Polícia Civil;
- b) Escrivão de Polícia Civil;
- c) Perito Papiloscopista;

[...]

(ACRE, Lei Complementar nº 129, 2004, artigo 43)

Embora o Perito Papiloscopista seja servidor de nível médio, o Código de Processo Penal apenas passou a prever o requisito de ser portador de diploma de curso superior com o advento da Lei Federal nº 11.690/2008, alterando o então art. 159 do CPP. Logo, o Estado do Acre ainda não se adequou à nova realidade.

O Estado de Alagoas, atualmente, da seguinte forma acerca de seus peritos no âmbito criminal:

Art. 13. A Carreira de Perícias Forenses é constituída pelos seguintes cargos, na forma a seguir:

I – Nível Médio:

a) Técnico Forense.

II – Nível Superior:

a) Perito Criminal;

b) Perito Médico-Legista;

c) Perito Odonto-Legista;

d) Papiloscopista; e

e) Perito Policial de Local.

(ALAGOAS, Lei nº 6.595, 2005, artigo 13)

Na redação anterior do dispositivo, o Papiloscopista estava inserido no inciso I – Nível Médio, passando a constar do inciso II – Nível Superior a partir do ano de 2009, com a publicação da Lei nº 7.086/2009.

O Estado do Mato Grosso do Sul, ao tratar dos cargos e carreiras da Polícia Civil, dispõe que:

Art. 232. O Plano de Cargos e Carreiras da Polícia Civil organiza os cargos, considerada a natureza, a similitude e a complexidade das atribuições e responsabilidades que lhes são inerentes, nas seguintes carreiras:

I - Delegado de Polícia;

II - Agente de Polícia Judiciária;

III - Perito Oficial Forense;

IV - Perito Papiloscopista;

V - Agente de Polícia Científica.

(MATO GROSSO DO SUL, Lei Complementar nº 114, 2005, artigo 232)

O dispositivo foi objeto de impugnação pela ADI 5.167/MS junto ao Supremo Tribunal Federal. A Ação não foi conhecida por ausência de legitimidade ativa da Associação Brasileira de Criminalística (ABC).

A Lei Complementar nº 137/2008, em sua redação original, assim descrevia os cargos da Polícia Civil do Estado de Pernambuco:

Art. 7º Integram o Grupo Ocupacional Policial Civil os cargos públicos efetivos, de natureza policial civil, de:

I - Delegado de Polícia, símbolo de nível "QAP";

II - Perito Criminal, símbolo de nível "QTP";

[...]

VIII - Dactiloscopista Policial, símbolo de nível "QPC";

IX - Operador de Telecomunicação - símbolo de nível "QPC".

(PERNAMBUCO, Lei Complementar nº 137, 2008, artigo 7º)

Em 2010, por meio da Lei Complementar nº 156, a Lei supra foi alterada, redenominando o nome do cargo “Dactiloscopista Policial” para “Perito Papiloscopista” nos seguintes termos:

Art. 3º O cargo descrito no inciso VIII do artigo 7º da Lei Complementar nº 137, de 2008, fica redenominado, a partir da data de publicação da presente Lei Complementar, para Perito Papiloscopista, mantidas as suas atuais simbologias de níveis, e respectivas prerrogativas institucionais e sínteses de atribuições.
(PERNAMBUCO, Lei Complementar nº 156, 2010, artigo 3º)

O dispositivo supra é objeto de impugnação em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria-Geral da República, sob o nº ADI 5.182/PE, estando, até a finalização desta pesquisa, pendente de julgamento.

A Lei Complementar nº 37/2004 do Estado do Piauí tratava dos cargos da Polícia Civil da seguinte maneira:

Art. 6º A Polícia Civil é constituída pelos seguintes cargos:
I - delegado de polícia;
II - perito médico-legal;
III - perito odonto-legal;
IV - perito criminal;
V - escrivão de polícia;
VI - agente de polícia;
VII - perito papiloscopista policial.
(PIAUÍ, Lei Complementar nº 37, 2004, artigo 6º)

Observa-se que a Lei Estadual nº 6.452/2013, ao reajustar os subsídios dos policiais civis, trata isonomicamente os Peritos, inclusive o Papiloscopista, nos seguintes termos: “SUBSÍDIOS DOS PERITOS (peritos criminais, peritos médico-legistas, peritos odontolegistas e peritos papiloscopistas)” (PIAUÍ, Lei nº 6.452, 2013, cabeçalho da Tabela I do Anexo Único).

A Lei Estadual nº 6.946/2017 unificou os cargos de Perito Criminal e Perito Papiloscopista Policial:

Art. 1º Ficam transformados os cargos efetivos de Perito Papiloscopista Policial em Perito Criminal no âmbito da Polícia Civil do Estado do Piauí, observadas as respectivas classes.
Parágrafo único. Os ocupantes dos cargos ora transformados passarão, com a publicação desta Lei, a fazer parte, automaticamente, dos cargos de Peritos Criminais do Departamento de Polícia Técnico-Científica - DPTC da Polícia Civil do Estado do Piauí, sem prejuízo das promoções já realizadas nas respectivas classes e do tempo de contribuição previdenciária.
(PIAUÍ, Lei nº 6.946, 2017, artigo 1º)

Cabe observar que essa transformação pode ter sido inconstitucional, frente à alocação de novas atribuições ao Perito Papiloscopista Policial, muito embora haja possibilidade de se entender pela similitude das atividades. Tal análise, referente

especificamente ao caso do Estado do Piauí, foge aos objetivos deste trabalho, ficando aqui encerrada essa discussão.

O Estado do Espírito Santo editou a Lei Complementar nº 4/90, dispondo o seguinte acerca dos cargos da Polícia Civil:

Art. 19 - São auxiliares da autoridade policial:

- I – os Médicos Legistas;
 - II – os Peritos Bioquímicos Toxicologistas;
 - III – os Psicólogos;
 - IV – os Assistentes Sociais;
 - V – os Peritos Criminais Especiais;
 - VI – os Peritos Criminais;
 - VII – os Escrivães de Polícia;
 - VIII – os Técnicos em Rádio Comunicação;
 - IX – os Papiloscopistas;
 - X – os Fotógrafos Criminais;
 - XI – os Agentes de Presídio;
 - XII – os Identificadores Datiloscopistas;
 - XIII – os Auxiliares de Perícia Médico-Legal.
- (ESPÍRITO SANTO, Lei Complementar nº 4, 1990, artigo 19)

A Lei Estadual nº 4.997/1994 alterou a Lei Complementar supra, estabelecendo ainda que: “Art. 2º – Os cargos de Papiloscopista e de Identificador Datiloscopista ficam transformados em Peritos Papiloscópicos.” (ESPÍRITO SANTO, Lei nº 4.997, 1994, artigo 2º).

A Procuradoria-Geral da República questiona a constitucionalidade de tal transformação por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.914/ES. A Ação Direta encontra-se, até o fechamento desta pesquisa, pendente de julgamento.

Logo, como visto, há entes da federação que tratam do servidor papiloscopista como peritos, tendo incluído esta expressão na nomenclatura do cargo. O Estado do Piauí, que já havia transformado o cargo em perito e dado remuneração uniforme, inovou e transformou o cargo de Perito Papiloscopista Policial em Perito Criminal. Assim, fica evidente a relevância do tema e a busca de alguns entes em pacificar a posição do papiloscopista na perícia criminal.

3.5. MODIFICAÇÃO DE CARGO PÚBLICO VERSUS INGRESSO EM CARGO DISTINTO

Tendo em vista as alterações do cargo público de Papiloscopista em Perito Papiloscopista, pergunta-se: seria constitucional essa transformação? A transformação seria

mera modificação do cargo público ou seria considerada um provimento em cargo público distinto do ocupado anteriormente? Para responder essas perguntas, três pontos são relevantes.

Em primeiro lugar, deve-se observar o enunciado da Súmula Vinculante nº 43 editada pelo Supremo Tribunal Federal, que dispõe:

“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”
(BRASIL, STF, Súmula Vinculante nº 43).

Nesse descortino, é inconstitucional o provimento em cargo de carreira distinta que o servidor ocupava anteriormente.

Em segundo lugar, deve-se fixar o entendimento do que é, de fato, cargo público. Consoante o disposto na Lei Federal nº 8.112/1990, “Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.” (BRASIL, Lei nº 8.112, 1990, artigo 3º).

Com isso, o conjunto de atribuições e responsabilidades é a própria essência do cargo público, ficando este caracterizado por aquelas, independente de sua nomenclatura.

Em terceiro lugar, deve-se evidenciar o que seria realmente alterado. Frisa-se a relevância desse ponto, pois, a depender do que se pretende alterar, pode-se fulminar a alteração por incorrer em inconstitucionalidade.

Feitas as observações supra, deve-se, ainda, analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca das transformações de cargo público e da possível violação ao princípio do concurso público.

Nesse sentido, segue julgado tratando de transformação de cargo público no Estado do Amazonas:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEIS 2.875/04 E 2.917/04, DO ESTADO DO AMAZONAS. COMISSÁRIO DE POLÍCIA. CARGO DE NATUREZA ISOLADA. TRANSFORMAÇÃO, APÓS POUCO MAIS DE 3 ANOS, EM CARGOS DE DELEGADO DE POLÍCIA. QUEBRA DE HIERARQUIA FUNCIONAL. BURLA AO CONCURSO PÚBLICO CARACTERIZADA. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. As leis estaduais impugnadas equipararam (Lei 2.875/04) e, logo após, transformaram (Lei 2.917/04) em delegados de polícia 124 cargos isolados de comissários de polícia, que haviam sido criados em 2001 com remuneração bastante inferior à daquele primeiro cargo e sem perspectiva de progressão funcional. 2. A forma pela qual foi conduzido o rearranjo administrativo revela que houve, de fato, burla ao postulado do concurso público, mediante o favorecimento de agentes públicos alçados por via legislativa a cargo de maior responsabilidade do que aquele para o qual foram eles aprovados em concurso. Não se verificou, no caso, um gradual processo de sincretismo entre os cargos, senão que uma abrupta reformulação da condição dos comissários de polícia, que em menos de três anos deixaram de ter suas características originais para passar a um cargo organizado em carreira. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(BRASIL, STF, ADI 3415, Tribunal Pleno, Relator: Min. Terori Zavascki, Data do Julgamento: 24/09/2015, Publicado no DJE de 11/12/2015)

A recente decisão do Supremo supra transcrita revela a inconstitucionalidade em transformação abrupta de um cargo público em outro sem serem mantidas as características originais.

Em situação levemente diferente, o Supremo decidiu da seguinte forma:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei Complementar nº 189, de 17 de janeiro de 2000, do Estado de Santa Catarina, que extinguiu os cargos e as carreiras de Fiscal de Tributos Estaduais, Fiscal de Mercadorias em Trânsito, Exator e Escrivão de Exatoria, e criou, em substituição, a de Auditor Fiscal da Receita Estadual. 3. Aproveitamento dos ocupantes dos cargos extintos nos recém criados. 4. Ausência de violação ao princípio constitucional da exigência de concurso público, haja vista a similitude das atribuições desempenhadas pelos ocupantes dos cargos extintos. 5. Precedentes: ADI 1591, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, DJ de 16.6.2000; ADI 2713, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 7.3.2003. 6. Ação julgada improcedente. (BRASIL, STF, ADI 2.335/SC, Plenário, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data do Julgamento: 11/06/2003, Publicado no DJE de 19/12/2003)

Neste julgado, o STF julgou improcedente ADI que questionava o aproveitamento de ocupantes de cargos extintos em cargos recém criados, sendo semelhantes as atribuições entre eles.

No próximo processo o Pretório Excelso estabeleceu o seguinte entendimento acerca de discussão de cargos da Advocacia-Geral da União:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11 E PARÁGRAFOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 43, DE 25.06.2002, CONVERTIDA NA LEI Nº 10.549, DE 13.11.2002. TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO EM CARGOS DE ADVOGADO DA UNIÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 131, CAPUT; 62, § 1º, III; 37, II E 131, § 2º, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

[...]

Rejeição, ademais, da alegação de violação ao princípio do concurso público (CF, arts. 37, II e 131, § 2º). É que a análise do regime normativo das carreiras da AGU em exame apontam para uma racionalização, no âmbito da AGU, do desempenho de seu papel constitucional por meio de uma completa identidade substancial entre os cargos em exame, verificada a compatibilidade funcional e remuneratória, além da equivalência dos requisitos exigidos em concurso. Precedente: ADI nº 1.591, Rel. Min. Octavio Gallotti.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

(BRASIL, STF, ADI 2.713/DF, Plenário, Relatora: Min. Ellen Gracie. Data do Julgamento: 18/12/2002, Publicado no DJE de 7/03/2003)

Semelhante à decisão anterior, o Tribunal entendeu por ser constitucional a transformação do cargo de Assistente Jurídico da Advocacia-Geral da União em Advogado da União, frente à compatibilidade funcional e remuneratória, bem como à equivalência dos requisitos para o ingresso em ambos.

Feitas essas ponderações, vê-se que a mera alteração na nomenclatura e na remuneração do cargo de Papiloscopista, sem alterar suas atribuições e seus requisitos para ingresso, não incorreria em violação ao princípio constitucional do concurso público.

Do mesmo modo, também não haveria violação a criação de um novo cargo e o aproveitamento neste dos cargos já existentes e colocados em extinção, desde que, novamente, fossem mantidas as atribuições e fossem equivalentes os requisitos de ingresso.

No caso específico do Distrito Federal, o cargo de Papiloscopista Policial tem independência funcional e suas atividades são próprias de perícia oficial, como visto alhures. Logo, se respeitadas a competência da União para legislar sobre a matéria (BRASIL, Constituição Federal, 1988, artigo 21, inciso XIV) e a iniciativa do Poder Executivo, a alteração da nomenclatura do cargo e da remuneração, apenas nestes pontos, não incorreria em inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

A metodologia foi eficiente na elaboração do trabalho, pois forneceu todo o embasamento necessário para o seu adequado desenvolvimento.

Nesta pesquisa, questionou-se: o Papiloscopista Policial do Distrito Federal poderia ser considerado perito oficial, nos termos do Código de Processo Penal e da legislação correlata?

A hipótese de pesquisa era de que o Papiloscopista deveria ser considerado perito oficial.

No primeiro Capítulo, foram introduzidas as noções de papiloscopia e de perícia no âmbito criminal. Foi feito breve histórico do desenvolvimento da identificação e foi posta a relevância e importância da atividade pericial.

No segundo Capítulo, foram abordadas as atribuições dos cargos de Papiloscopista Policial, de Perito Criminal e de Perito Médico Legista todos dos quadros da Polícia Civil do Distrito Federal.

No terceiro Capítulo, foram analisados o problema e a hipótese de pesquisa. Inicialmente, viu-se que as atribuições e as responsabilidades são, de certa forma, semelhantes às dos Peritos Criminais e Peritos Médicos Legistas, cabendo a todos os envolvidos a realização de perícias e exames por meio de conhecimentos técnico-científicos específicos, muito embora havendo a diferença nas nomenclaturas e na remuneração dos cargos.

Logo após, passou-se à análise de alguns Projetos de Lei que trataram da tentativa de dar ao Papiloscopista tratamento de perito oficial. Deles, apenas foi aprovado o Projeto que foi transformado na Lei nº 12.030/2009, que acabou se omitindo quanto aos Papiloscopistas. Salienta-se que a Lei nº 12.030/2009, por outro lado, não restringiu a existência de outros peritos, sendo o rol constante de seu art. 5º meramente exemplificativo.

Em tópico seguinte, verificou-se que foi dada por inconstitucional, utilizada como parâmetro a Lei Orgânica do DF, a Emenda à Lei Orgânica que alterou a expressão “Datiloscopista Policial” para “Perito Papiloscopista”. Ocorre que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal julgou procedente a ação, declarando a Emenda inconstitucional, não analisando, no entanto, a questão de ser o Papiloscopista ou não Perito.

Quanto à sentença em ação junto a Vara de Fazenda Pública do DF, viu-se que os Papiloscopistas Policiais ficaram impedidos de se identificarem como “peritos”, inclusive quanto à utilização de roupas e distintivos, bem como não puderam emitir documentos

oficiais. Em apelação, a decisão foi reformada, estando ainda pendente de julgamento de Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Outrossim, abordou-se interessante julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que condenou à Fazenda Pública daquele ente à indenizar servidor pela diferença da remuneração entre o Perito Policial e o Papiloscopista. O Tribunal entendeu que as atividades do servidor como Papiloscopista era, na realidade, de Perito Policial, já que realizava perícias em local de crime e elaborava laudos periciais.

Outros entes da federação, cientes da relevância do assunto, já deram tratamento de Perito aos Papiloscopistas, como os Estados do Acre, de Alagoas, do Espírito Santo, do Mato Grosso do Sul, de Pernambuco e do Piauí, não tendo sido uma pesquisa exaustiva. Ressalta-se que o Estado do Piauí foi além: inicialmente equiparou os cargos e, posteriormente, transformou o cargo de Perito Papiloscopista em Perito Criminal.

Por fim, foi posta a questão da transformação do cargo de Papiloscopista em Perito, se seria mera modificação no cargo público ou se haveria, na realidade, um ingresso em novo cargo público sem concurso público, violando princípio constitucional.

Portanto, a pesquisa foi conclusiva, haja vista que foi confirmada a hipótese inicial, no sentido de o Papiloscopista Policial do Distrito Federal ser considerado perito oficial, nos termos da legislação brasileira. Além disso, verificou-se que eventual alteração legislativa que promova a red denominação do cargo público para Perito Papiloscopista e/ou que iguale a remuneração à dos Peritos Criminais e Peritos Médicos Legistas, bem como o aproveitamento em cargo recém criado de ocupantes de cargos postos em extinção, desde que mantidas as atribuições e responsabilidades e respeitado o processo legislativo, não acarreta em inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ACRE. Lei Complementar nº 129, de 22/01/2004. **Institui a Lei Orgânica da Polícia Civil e o Estatuto dos Policiais Civis do Estado do Acre e dá outras providências.** Publicada no Diário Oficial Estadual de 23/01/2004.

ALAGOAS. Lei nº 6.595, de 14/04/2005. **Dispõe sobre a carreira de perícias forenses do serviço civil do poder executivo e dá outras providências.** Publicada no Diário Oficial Estadual de 15/04/2005.

BARNES, Jeffery G. History. In: **The fingerprint: sourcebook.** Estados Unidos da América, Instituto Nacional de Justiça. p. 1-7 a 1-22.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.754, de 23/11/2011. **Altera a denominação da categoria funcional de Papiloscopista Policial para Perito Papiloscopista.** Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=528242>>. Acesso em 29/10/2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.563, de 23/09/1997. **Dispõe sobre as perícias oficiais e dá outras providências.** Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19999>>. Acesso em 25/10/2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.649, de 16/07/2009. **Dispõe sobre a condição de perito oficial dos papiloscopistas em suas perícias específicas e dá outras providências.** Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443065>>. Acesso em 28/10/2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5/10/1988. Publicado no Diário Oficial da União de 5/10/1988.

_____. Decreto nº 4.764, de 5/02/1903. **Dá novo regulamento á Secretaria da Policia do Distrito Federal.** Publicado no Diário Oficial da União de 12/02/1903.

_____. Decreto nº 52.871, de 20/11/1963. **Institui o Dia do Dactiloscopista Brasileiro.** Publicado no Diário Oficial da União de 25/11/1963.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3/10/1941. **Código de Processo Penal.** Publicado no Diário Oficial da União de 13/10/1941.

_____. Lei nº 7.116, de 29/08/1983. **Assegura validade nacional as Carteiras de Identidade regula sua expedição e dá outras providências.** Publicada no Diário Oficial da

União de 30.8.1983 e retificado no Diário Oficial da União de 21/12/1983.

_____. Lei nº 8.112, de 11/12/1990. **Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.** Publicada no Diário Oficial da União de 19/04/1991.

_____. Lei nº 9.264, de 7/02/1996. **Dispõe sobre o desmembramento e a reorganização da Carreira Policial Civil do Distrito Federal, fixa remuneração de seus cargos e dá outras providências.** Publicada no Diário Oficial da União de 8/02/1996.

_____. Lei nº 12.030, de 17/09/2009. **Dispõe sobre as perícias oficiais e dá outras providências.** Publicada no Diário Oficial da União de 18/09/2009.

_____. Lei nº 12.037, de 1º/10/2009. **Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal.** Publicada no Diário Oficial da União de 2/10/2009.

_____. Lei nº 12.804, de 24/04/2013. **Dispõe sobre a remuneração dos militares do Distrito Federal e das Carreiras de Delegado de Polícia do Distrito Federal e de Polícia Civil do Distrito Federal e altera as Leis nos 11.134, de 15 de julho de 2005, 10.486, de 4 de julho de 2002, e 11.361, de 19 de outubro de 2006.** Publicada no Diário Oficial da União de 25/04/2013.

_____. **Mensagem Presidencial nº 285, de 24/09/2014.** Publicada no Diário Oficial da União de 25/09/2014.

_____. **Mensagem Presidencial nº 315, de 1º/08/2013.** Publicada no Diário Oficial da União de 2/08/2013.

_____. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Procedimento operacional padrão: perícia criminal.** Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/pop/procedimento_operacional_padrao-pericia_criminal.pdf>. Acesso em: 23/10/2017.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 204, de 17/12/2008. **Dispõe sobre as perícias oficiais e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/88810>>. Acesso em 25/10/2017.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 244, de 4/06/2009. **Dispõe sobre a condição de perito oficial dos papiloscopistas em suas perícias específicas e dá outras providências.** Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/91489>>. Acesso em 27/10/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 71563/RJ**. 6ª Turma. Relator: Min. Nilson Naves. Data do Julgamento: 19/06/2007. Publicado no DJE de 10/09/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.477/DF**. Plenário. Relator: Octavio Galotti. Data de Julgamento: 2/09/1999. Publicado no DJE de 5/09/1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.335/SC**. Plenário. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 11/06/2003. Publicado no DJE de 19/12/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.713/DF**. Plenário. Relatora: Min. Ellen Gracie. Data do Julgamento: 18/12/2002. Publicado no DJE de 07/03/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.415/AM**. Plenário. Relator: Min. Terori Zavascki. Data do Julgamento: 24/09/2015. Publicado no DJE de 11/12/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.354/DF**. Plenário. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3809782>>. Acesso em: 8/10/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 43**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2348>>. Acesso em 10/11/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Ação nº 2013.01.1.097665-6**. 2ª Vara de Fazenda Pública. Data da Sentença: 27/11/2014. Publicada no DJE de 28/11/2014.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 20040020088213**. Conselho Especial. Relator: Des. Otávio Augusto. Relator Designado: Des. Eduardo de Moraes Oliveira. Data do Julgamento: 23/05/2006. Publicado no DJE de 21/05/2007.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação nº 2013.01.1.097665-6**. 6ª Turma Cível. Relator: Des. Hector Valverde. Data do Julgamento: 29/07/2015. Publicada no DJE de 07/08/2015.

CROCE, Delton. **Manual de medicina legal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**.

10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v2.

DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 30.490, de 22/06/2009. **Aprova o Regimento Interno da Polícia Civil do Distrito Federal e dá outras providências.** Publicado no Diário Oficial do Distrito Federal de 24/06/2009.

_____. Emenda à Lei Orgânica nº 34, de 28/08/2001. **Dá nova redação ao § 9º do art. 119 da Lei Orgânica do Distrito Federal.** Publicada no Diário Oficial do Distrito Federal de 14/09/2001.

_____. Lei nº 837, de 28/12/1994. **Dispõe sobre a autonomia administrativa e financeira da Polícia Civil do Distrito Federal e dá outras providências.** Publicada no Diário Oficial do Distrito Federal de 29/12/1994.

DISTRITO FEDERAL. Lei nº 3.513, de 27/12/2004. **Altera o artigo 4º da Lei nº 837, de 28 de dezembro de 1994, que "dispõe sobre a autonomia administrativa e financeira da Polícia Civil do Distrito Federal e dá outras providências".** Publicada no Diário Oficial do Distrito Federal de 29/12/2004.

_____. **Lei Orgânica do Distrito Federal, de 8/06/1993.** Publicada no Diário Oficial do Distrito Federal de 9/06/1993.

_____. Polícia Civil do Distrito Federal. Instrução Normativa nº 138, de 25/05/2011. **Dispõe sobre condutas policiais na preservação de local de crime, bem como sobre procedimentos relativos à execução de perícia e coleta de fragmentos papiloscópicos e/ou necropapiloscópicos, e dá outras providências.** Publicada no Diário Oficial do Distrito Federal de 16/06/2011.

ESPÍRITO SANTO. Lei nº 4.997, de 16/12/1994. **Acrescenta alínea "I" ao parágrafo único do art. 22, da Lei Complementar nº 04/90, que trata sobre a organização da Polícia Civil.** Publicada no Diário Oficial Estadual de 19/12/1994.

_____. **Lei Complementar nº 4, de 15/01/1990.** Publicada no Diário Oficial Estadual de 17/01/1990.

MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar nº 114, de 19/12/2005. **Aprova a Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Mato Grosso do Sul, dispõe sobre sua organização institucional e as carreiras, os direitos e as obrigações dos seus membros.** Publicada no Diário Oficial Estadual de 20/12/2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OT-MORPHO. **What is biometrics?** Disponível em:
<<https://www.morpho.com/en/biometrics#1>>. Acesso em: 24/09/2017.

PERNAMBUCO. Lei Complementar nº 137, de 31/12/2008. **Institui, no âmbito da Polícia Civil do Estado de Pernambuco, vinculada à Secretaria de Defesa Social, o Plano de Cargos, Carreiras e Vencimentos - PCCV, para os servidores integrantes do seu Quadro Próprio de Pessoal, e dá outras providências.** Publicada no Diário Oficial Estadual de 1º/01/2009.

_____. Lei Complementar nº 156, de 26/03/2010. **Redefine a estrutura de remuneração dos cargos indicados, altera diplomas legais que especifica, e dá outras providências.** Publicada no Diário Oficial Estadual de 27/03/2010.

PIAUÍ. Lei Complementar nº 37, de 9/03/2004. **Dispõe sobre o Estatuto da Polícia Civil do Estado do Piauí.** Publicada no Diário Oficial Estadual de 10/03/2004.

_____. Lei nº 6.452, de 19/12/2013. **Altera a Lei Complementar nº 37, de 9 de março de 2004, e reajusta o subsídio dos policiais civis.** Publicada no Diário Oficial Estadual de 20/12/2013.

_____. Lei nº 6.946, de 9/01/2017. **Altera dispositivos da Lei Complementar nº 37, de 09 de março de 2004 (Estatuto da Polícia Civil do Estado do Piauí), para reorganização administrativa dos cargos do Departamento de Polícia Técnico-Científica – DPTC da Polícia Civil do Estado do Piauí, e dá outras providências.** Publicado no Diário Oficial Estadual de 10/01/2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação 0005193-94.2014.8.26.0619.** 1ª Vara de Taquaratinga. Data da Sentença: 13/04/2015. Publicada no DJE de 15/04/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação 0005193-94.2014.8.26.0619.** 6ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Sidney Romano. Data do Julgamento: 05/10/2015. Publicado no DJE de 09/10/2015.

WERTHEIM, K.; MACEO, A. The critical stage of friction ridge and pattern formation. In: **Journal of Forensic Investigation**, v. 52, n. 1, 2002.