Haide Maria Hupffer
André Rafael Weyermüller
Daniel Sica da Cunha
(organizadores)



DIREITO 10:
INSIGHTS JURÍDICOS

UNIVERSIDADE FEEVALE

Associação Pró-Ensino Superior em Novo Hamburgo - ASPEUR
Universidade Feevale

DIREITO 10:
INSIGHTS JURÍDICOS

Haide Maria Hupffer
André Rafael Weyermüller
Daniel Sica da Cunha
(organizadores)

Novo Hamburgo - Rio Grande do Sul - Brasil
2017

EXPEDIENTE

Presidente da Aspeur
Luiz Ricardo Bohrer

Reitora
Inajara Vargas Ramos

Pró-reitora de Ensino
Cristina Ennes da Silva

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão
João Alcione Sganderla Figueiredo

Pró-reitor de Inovação
Cleber Cristiano Prodanov

Coordenação Editorial
Cristina Ennes da Silva

Editora Feevale
Adriana Christ Kuczynski
Mauricio Barth
Tiago de Souza Bergenthal

Equipe de Apoio e Revisão
Bruno de Lima Silva
Jeferson Jeldoci Pol
Maicon Artmann
Maria Eduarda Lima da Rosa
Pedro Ernesto Neubarth Jung

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
Universidade Feevale, RS, Brasil
Bibliotecária responsável: Bruna Heller – CRB 10/2348

Direito 10 [recurso eletrônico] : Insights jurídicos / organizadores Haide Maria Hupffer, André Rafael Weyermüller, Daniel Sica da Cunha – Novo Hamburgo: Feevale, 2017.
Dados eletrônicos (1 arquivo : 3.1 megabytes).

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.
Modo de acesso: <www.feevale.br/editora>
Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-7717-211-5

1. Direito. 2. Universidade Feevale - Produção acadêmica. I. Hupffer, Haide Maria. II. Weyermüller, André Rafael. III. Cunha, Daniel Sica da.

CDU 340(075.8)

Universidade Feevale
Câmpus I: Av. Dr. Maurício Cardoso, 510 – Cep 93510-250 – B. Hamburgo Velho – Novo Hamburgo/RS
Câmpus II: ERS 239, 2755 – Cep 93352-000 – B. Vila Nova – Novo Hamburgo/RS
Fone: (51) 3586.8800 – Homepage: www.feevale.br
© Editora Feevale – Os textos assinados, tanto no que diz respeito à linguagem como ao conteúdo, são de inteira responsabilidade dos autores e não expressam, necessariamente, a opinião da universidade feevale. É permitido citar parte dos textos sem autorização prévia, desde que seja identificada a fonte. A violação dos direitos do autor (lei n.° 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do código penal.

APRESENTAÇÃO

Realizar a Monografia de final de Curso possibilita uma clareira na educação jurídica ao instigar os acadêmicos a experienciar espaços de aprendizagem onde algo se revela, onde o Direito adquire sentido na medida em que é compreendido por aquele que está participando da experiência de escrever um texto científico. É pelo pensar que a interpretação, a compreensão e aplicação chegam a sua plenitude. É sair do porto seguro da atitude passiva, de ser um mero observador do saber, para apreender com a pesquisa e comprometer-se com o acontecer que se dá no desvelamento que uma investigação científica propicia. É ter uma atitude de abertura à pluralidade de pensamentos e opiniões sobre a temática escolhida, para, assim, construir o entendimento sobre os fenômenos jurídicos em sua historicidade e em sua atualidade.

Escrever um texto científico na área jurídica é ir além das visões reducionistas que enxergam o Direito apenas sob o viés do positivismo exegético-normativista para ingressar em perspectivas compreensivas, históricas, problemáticas, crítico-reflexivas, teorias e paradigmas. Por isso, a escolha do tema pode ser um privilégio ou a sua angústia. A compreensão começa quando algo interpela e quando algo angustia. A diligência do perguntar científico se realiza na experiência de dialogar com a filosofia, doutrina, legislação, jurisprudência, outras ciências e com a prática problemática realização do Direito. Uma monografia nasce de um perguntar como um ato pedagógico de um ser que conhece e quer aprender mais.

Esta obra é o resultado das melhores monografias de conclusão de curso de acadêmicos do curso de Direito da Universidade Feevale do segundo semestre de 2016 com orientação e parceria de professores do curso. Portanto, os artigos que compõem a presente obra são adaptações das monografias que atingiram a nota máxima na avaliação perante banca examinadora e com indicação para publicação.

Os ensaios aqui reunidos dão conta de várias áreas do Direito e temáticas interdisciplinares. Neste sentido, compõe a obra temáticas relevantes à proteção integral da criança e adolescente como a adoção e os efeitos da reprodução assistida *post mortem*. As novas tecnologias são contempladas quando da discussão dos riscos das nanotecnologias. A hermenêutica, a filosofia, o direito constitucional e o direito administrativo são trabalhados em temáticas que abordam o princípio da separação dos poderes no direito comparado luso-brasileiro, a discricionariedade e limites da revisão judicial, o *amicus curiae* como elemento legitimador da função jurisdicional, o positivismo clássico e a suficiência dos conceitos, a autopoiese no direito e a função do poder judiciário; a hermenêutica e constitucionalismo contemporâneo; liberdade de imprensa e direitos da personalidade.

Na sequência o direito internacional aparece contemplado com temas que discutem o controle de convencionalidade das normas internas perante os tratados de direitos humanos, a crise humanitária e refugiados, a lei de arbitragem brasileira e da lei-modelo da uncitral, a internalização da convenção de HAIA sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças.

A área empresarial e trabalhista é representada por discussões sobre a flexibilização da legislação trabalhista e os reflexos da terceirização nos setores calçadista e automotivo, o dano moral coletivo pelo descumprimento de cotas mínimas de contratação de pessoas com deficiência,

o estágio não obrigatório à luz da lei 11.788/2008 com um pesquisa empírica com estudantes universitários, o planejamento sucessório, a *holding*, patrimônio de afetação e responsabilidade civil de cooperativas frente ao dano ambiental.

Por fim, na temática penal e criminal são trabalhadas questões delicadas como a (des)criminalização das drogas e as repercussões da lei nº 12.654/2012 diante das garantias processuais penais.

A partir das diferentes contribuições dos coautores aqui reunidos é possível perceber o caráter interdisciplinar, crítico e reflexivo do curso de Direito da Universidade Feevale: tanto na diversidade de temas que transitam vários campos do direito com os aportes de outras ciências como no diálogo com a historicidade e a problematização dialógica enquanto encontro de saberes com a prática problemática realização do direito.

É por tudo isso que me sinto imensamente feliz em participar deste projeto e apresentar esta obra, fruto de um trabalho gestado por alunos e em parceria com egressos e colegas professores. É nossa contribuição destacar os melhores trabalhos de conclusão de curso com publicação em formato de artigos, e esperamos que esse grão de areia possa ser somado a tantas iniciativas propositivas dos cursos de Direito brasileiros.

Haide Maria Hupffer
Integrante da comissão organizadora do Projeto Direito 10
Curso de Graduação em Direito - Universidade Feevale



COMO MELHOR

UTILIZAR ESTE E-BOOK

Não desperdice papel, imprima somente se necessário.
Este e-book foi feito com intenção de facilitar o acesso à informação.
Baixe o arquivo e visualize-o na tela do seu computador sempre
que necessitar. É possível também imprimir somente partes do texto,
selecionando as páginas desejadas nas opções de impressão. Os botões
interativos são apenas elementos visuais, utilize-os para navegar pelo
documento. Se preferir, utilize as teclas “Page Up” e “Page Down” do teclado
ou o “Scroll” do mouse para retornar e prosseguir entre as páginas.

SUMÁRIO

11 A PROTEÇÃO INTEGRAL E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À MERCÊ DA MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NOS PROCESSOS DE ADOÇÃO

28 OS EFEITOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM NO ÂMBITO CIVIL

42 A ADOÇÃO UNILATERAL COMO EFETIVA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

62 OS RISCOS DAS NANOTECNOLOGIAS: O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA A REGULAÇÃO DAS NANOTECNOLOGIAS NO BRASIL

84 A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO

100 ANATOMIA DO FEDERALISMO BRASILEIRO E A REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

111 PODER ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: DISCRICIONARIEDADE E LIMITES DA REVISÃO JUDICIAL

131 O AMICUS CURIAE COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: DA AMPLIAÇÃO DA SUA ATUAÇÃO PARA ALÉM DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DIANTE DO INCREMENTO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

SUMÁRIO

146 ELEMENTOS CENTRAIS DO POSITIVISMO CLÁSSICO: ENTRE PLENIPOTENCIARIEDADE DOS TEXTOS NORMATIVOS E A SUFICIÊNCIA DOS CONCEITOS

162 AUTOPOIESE NO DIREITO E A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA NIKLAS LUHMANN

172 A NECESSIDADE DE UMA NOVA CONDUTA HERMENÊUTICA DIANTE DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

185 LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITOS DA PERSONALIDADE DIANTE DA INADEQUADA RECEPÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY NO DIREITO BRASILEIRO

202 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS NORMAS INTERNAS PERANTE OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

218 CRISE DOS REFUGIADOS E OS DIREITOS HUMANOS

231 MIGRAÇÃO, CRISE HUMANITÁRIA E OS DIREITOS DOS REFUGIADOS NO BRASIL

253 ANÁLISE COMPARATIVA DA LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA E DA LEI-MODELO DA UNCITRAL: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

SUMÁRIO

268 A APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

283 DIREITO DO TRABALHO E FLEXIBILIZAÇÃO: ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRT DA 4ª REGIÃO COM O TEMA DA TERCEIRIZAÇÃO EXISTENTE NOS SETORES DE PRODUÇÃO CALÇADISTA E AUTOMOTIVO NO RIO GRANDE DO SUL

301 A POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO PELO DESCUMPRIMENTO DE COTAS MÍNIMAS DE CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

318 A PERCEPÇÃO DO EDUCANDO DO ENSINO SUPERIOR SOBRE O ESTÁGIO NÃO OBRIGATÓRIO À LUZ DA LEI 11.788/2008

338 HOLDING FAMILIAR: PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E OS LIMITES DA GESTÃO PATRIMONIAL

354 EMPRESAS HOLDING: APLICABILIDADE E EFICÁCIA NOS GRUPOS EMPRESARIAIS

371 O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO COMO PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE DE UNIDADE AUTÔNOMA PERTENCENTE À INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

387 A RESPONSABILIDADE CIVIL DE COOPERATIVAS DE HABITAÇÃO FRENTE A DANOS AMBIENTAIS

SUMÁRIO

406 HERMENÊUTICA JURÍDICA APLICADA À (DES)CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS

423 AS REPERCUSSÕES DA LEI Nº 12.654/2012 DIANTE DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

A PROTEÇÃO INTEGRAL E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À MERCÊ DA MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NOS PROCESSOS DE ADOÇÃO

Miriam Gicele Roza Melo[1]
Valéria Koch Barbosa[2]

INTRODUÇÃO

Uma das grandes problemáticas do Poder Judiciário, atualmente, é a morosidade do processo de adoção, uma vez que a lentidão do sistema se confronta diretamente com o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e o Princípio da Proteção Integral, dois pilares do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e também contemplados na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, neste estudo, analisa-se a situação atual do processo de adoção, bem como o atendimento aos princípios basilares de proteção dos menores[3] frente à demora processual, buscando-se uma compreensão mais aprofundada acerca do alto índice de crianças aguardando adoção. Mais do que isso, busca-se compreender por que a "fila" de pretendentes à adoção é maior do que o número de crianças aguardando um novo lar, analisando os fatores que envolvem e contribuem para tal realidade.

Desse modo, a pergunta que desponta como necessária para uma ampla reflexão relativa ao tema é: por que é tão difícil adotar no Brasil? Burocracia em excesso, lentidão no processo, entraves relativos aos estudos sociais e outros procedimentos previstos em lei, assim como o próprio Cadastro Nacional de Adoção, são aspectos que contribuem para levar o pretendente à adoção a um sentimento de frustração e, principalmente, frustram-se as expectativas daqueles que aguardam um lar: as crianças e os adolescentes.

Para entender a necessária e pertinente discussão, contextualiza-se o instituto da adoção, seus requisitos e prazos a partir da análise de um panorama geral da situação no País. Abordam-se alguns preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o principal diploma nacional que versa sobre a proteção ao menor, com foco na proteção integral e no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, evidenciando-se o seu desrespeito em decorrência da morosidade do Judiciário nos processos de adoção.

O presente estudo, pesquisa exploratória com respaldo no método dedutivo e em uma revisão bibliográfica abrangendo a legislação, a doutrina e a jurisprudência, não se destina a esgotar o tema, mas pretende-se trazer à tona a sua discussão, a sua importância social, bem como a responsabilidade do Judiciário na transformação da sociedade, de modo a garantir que o menor e

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: tgicele.melo@hotmail.com.
[2] Mestra em Qualidade Ambiental pela Universidade Feevale. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: valeriakb@feevale.br.
[3] Neste texto, as expressões "menor", "criança" ou "infante" são usadas indistintamente e referem-se tanto a crianças quanto a adolescentes, abrangendo, assim, os seres em formação que estão sob o manto protetivo da legislação brasileira.

seus interesses sejam realmente priorizados consoante preconizam a Carta Magna, o ECA e os diplomas internacionais de que o País é signatário.

ADOÇÃO

A adoção é um dos institutos mais antigos de quase todos os povos, e seu conceito varia de acordo com a época e as tradições (GRANATO, 2010). Segundo o Direito Romano, *adoptio est actus solemnis quo in loco filii vel nopotis adscicitur qui natura talis non est,* ou seja: a adoção é o ato solene pelo qual se admite um lugar de filho a quem pela natureza não é, gerando, assim, uma possibilidade para aqueles que almejam uma família (RODRIGUES, 1995). A adoção, portanto, é um instituto jurídico que procura imitar a filiação natural, ou seja, *adoptio natura imitador* (OLIVEIRA, 1997). Trata-se de parentesco civil, uma ficção jurídica (SANTOS, 2011).

Weber (2010) afirma que o instituto da adoção é um tema fascinante por inverter, de certo modo, a ordem biológica natural, colocando o afeto à frente dos genes. Para a autora, nas últimas décadas, a forma de encarar a adoção tem se transformado positivamente. Na década de 70 do século XX, as famílias que viessem a adotar uma criança mantinham a adoção em segredo; na década 80, o propósito da adoção ficou mais claro e, na atualidade, já é visível o amadurecimento da sociedade para tratar sobre o tema. Nesse aspecto, a adoção inverteu a lógica praticada por milênios, em que o objetivo era dar filhos a quem não podia tê-los, e a criança passou a ser a prioridade. Assim, a ótica atual tem como foco conseguir os pais certos para a criança, e não a criança perfeita para pais sem filhos.

Também não se pode olvidar, quando se aborda o tema da adoção, que, em outros tempos, o filho adotivo era estigmatizado e tratado de forma desigual em relação aos filhos legítimos, inclusive em termos de direitos. No Brasil, foi com o advento da Constituição de 1988 que tal postura foi modificada, não sendo mais permitida a nomenclatura "filho adotivo", igualando em direitos tanto os filhos biológicos como os havido por adoção (LÔBO, 2010).

Mais adiante, com a Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), restou evidenciada a preocupação do legislador com o futuro das crianças e dos adolescentes, seres vulneráveis e em formação, os quais nem sempre são fruto de uma gravidez desejada e, muitas vezes, a manutenção de sua vida não se dá de forma digna. Nesse sentido, no artigo 13, parágrafo único, o ECA preconiza que as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão encaminhadas, obrigatoriamente, para a Justiça da Infância e Juventude, a fim de que tenham o acompanhamento necessário até o momento de entregar a criança para adoção, contemplando, assim, o melhor interesse do menor, ou seja, não colocando-o em situação de risco (SANTOS, 2011). Desse modo, sob o prisma da legislação brasileira, é condicionante para a adoção que existam vantagens reais para o adotando, sempre visando ao melhor interesse do menor e tendo como objetivo dar-lhe um verdadeiro lar, caracterizando-se a adoção como um instituto de solidariedade social (LISBOA, 1996).

O instituto em comento sofreu diversas modificações até a entrada em vigor da Lei n° 12.010/2009, que adaptou o Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou o Código Civil na parte que tratava sobre a adoção. Essa lei foi sancionada em 03 de agosto de 2009 e, segundo Venosa

(2010), trouxe significativos avanços. Ela introduziu, ao todo, 227 alterações no ECA, sendo, por essa razão, chamada de Nova Lei de Adoção. Ela veio para criar um conceito de família ampliada ou por extensão, permitir que a mãe ou a gestante que não tenha condições de cuidar do filho possa colocá-lo para adoção, prever acompanhamento assistencial, entre outras medidas (VILLAS-BÔAS, 2011).

Objetivou-se, com tais alterações, simplificar o processo de adoção, de forma a garantir que as crianças tenham, com a maior brevidade possível, condições de viver em um lar, construindo laços de afeto e afinidade. Também houve a intenção de tornar mais rígido o controle da adoção, almejando, ao mesmo tempo, conquistar mais celeridade aos processos. Instituiu-se o Cadastro Nacional para a busca de crianças e adolescentes em condições de serem adotados por pessoas habilitadas, bem como se estabeleceu o prazo de dois anos como limite para os menores permanecerem em instituições de acolhimento (GONÇALVES, 2011). Nessa senda, a referida lei estabelece que a intervenção do Estado é prioritariamente voltada à orientação, ao apoio e à promoção social da família natural, na qual a criança e o adolescente devem permanecer, dispondo que, somente na sua impossibilidade, serão colocados em família substituta, tutela ou guarda (DIAS, 2013).

Em decorrência das alterações legislativas que envolvem o processo de adoção, cumpre avançar e analisar os requisitos para adotar e os prazos estabelecidos por lei, o que é abordado a seguir.

REQUISITOS E PRAZOS PARA ADOÇÃO

De acordo a legislação brasileira, para que se concretize a adoção, é preciso que haja o consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar. No entanto, se os pais da criança ou do adolescente forem desconhecidos ou tiverem desaparecido, ou se foram destituídos do poder familiar, o seu consentimento será dispensado. O mesmo ocorrerá caso o adotando seja órfão e não tenha sido reclamado por qualquer parente pelo período de, no mínimo, um ano. Ademais, é necessário o consentimento do próprio adotando se ele for maior de doze anos, consoante determina o artigo 45, § 2º[4], do ECA (WEBER, 2010).

Podem adotar homens e mulheres, independentemente do estado civil – ou seja, podem ser solteiros, casados, divorciados ou legalmente separados –, desde que sejam maiores de dezoito anos e tenham dezesseis anos a mais que o adotado. Além disso, deve ser levada em conta a possibilidade dos adotantes de oferecer à criança ou ao adolescente um ambiente familiar adequado. Assim, pessoas solteiras, viúvas ou divorciadas que vivam em condições socioeconômicas estáveis, mesmo que sejam modestas, podem se candidatar à adoção. Por outro lado, os ascendentes – avós, por exemplo – não podem adotar seus descendentes. Tutor ou curador, desde que encerrada e quitada a administração dos bens do pupilo ou curatelado, também podem fazer parte do rol das pessoas autorizadas a adotar. Convém ainda ressaltar que é possível

[4] "Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.
[...]
§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento".

ocorrer a adoção mesmo que o seu requerente tenha falecido no curso do processo – antes de prolatada a sentença –, desde que tenha manifestado sua vontade em vida (WEBER, 2010).

Resumidamente, portanto, têm-se como requisitos indispensáveis ao processo de adoção: idade mínima de dezoito anos para o adotante, diferença de dezesseis anos entre o adotante e o adotado, consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar, concordância do adotando – se tiver mais de doze anos –, processo judicial e efetivo benefício para o adotando (SANTOS, 2011).

Por outro lado, para a criança entrar na fila de adoção, é preciso verificar se, de fato, nenhum familiar tem condições de ficar com a criança e, além disso, é obrigatória a destituição do poder familiar (ANTONELLI, 2012). O Conselho Nacional de Justiça explicita os passos a serem seguidos e aconselha que o candidato à adoção procure uma Vara da Infância e Juventude e se informe acerca dos documentos necessários para iniciar o processo; depois, com o auxílio de defensor público ou advogado particular, deve ingressar com petição inicial, a fim de, após aprovação, ter seu nome habilitado a constar nos cadastros estaduais e nacionais de pretendentes à adoção. É obrigatória a participação em curso de preparação jurídico-psicossocial; comprovada a participação no curso, os possíveis adotantes serão entrevistados e submetidos à visita domiciliar por equipe técnica interprofissional. Durante a referida entrevista, será determinado o perfil da criança desejada. O laudo resultante das entrevistas e das visitas domiciliares será encaminhado ao Ministério Público e à Vara da Infância e Juventude, sendo a sentença proferida após meticulosa análise (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Acolhido o pedido dos pretendentes a adotantes, o nome deles será inserido na "fila" estadual de adoção, aguardando até que se encontre uma criança com características compatíveis com aquelas descritas pelos possíveis pais. Encontrada tal criança, os pretendentes serão notificados e analisarão o histórico do menor; havendo aceitação, possíveis pais e filho serão apresentados. A criança, após o contato inicial com os pretendentes à adoção, será entrevistada, de modo a manifestar sua vontade de continuar ou não com o processo. Se a criança decidir continuar, será iniciada, então, uma espécie de convivência monitorada, em que será dado aos adotantes e ao adotado o necessário tempo para o estabelecimento de confiança e carinho. O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou a guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo ou em se tratando de criança que não tenha de um ano de idade. Por outro lado, a simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência, e todas essas questões devem ser devidamente ponderadas, principalmente, em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do país (GONÇALVES, 2014).

Estabelecido um vínculo entre as partes, os futuros pais ingressarão com ação de adoção, a qual concederá aos adotantes, até o final do processo, a guarda provisória do adotado, que será monitorada por meio de visitas periódicas de assistentes sociais. Então, será formulada uma avaliação conclusiva, a qual, se for favorável, resultará em sentença deferindo a adoção, determinando ainda a lavratura de novo registro de nascimento. A criança passará a gozar de todos os direitos inerentes à condição de filho (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

A análise dos dispositivos legais atinentes ao processo de adoção permite entender as causas da morosidade do Poder Judiciário, primeiramente, pela demora em desfazer o vínculo com a família natural e, após isso, pela necessidade do estágio de convivência, cujo prazo fica vinculado à autoridade judiciária, a qual concederá o tempo necessário para evidenciar o estabelecimento de vínculos entre o adotante e o adotado, devendo sempre levar em conta a proteção integral do menor e o seu melhor interesse.[5]

A PROTEÇÃO INTEGRAL E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A doutrina da proteção integral ao menor foi trazida pela Convenção das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos das Crianças, afirmando que as crianças e os jovens, independentemente de quaisquer fatores, são cidadãos sujeitos de direitos e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, necessitando, por isso, de integral proteção prevista no ordenamento jurídico. A referida Convenção foi ratificada por 193 países, sendo um dos instrumentos de proteção aos Direitos Humanos mais aceito da história (GIUSTINA, 2003).

No Brasil, a Doutrina da Proteção Integral foi positivada no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, garantindo que os infantes serão tratados como cidadãos nacionais, sujeitos de direitos, e, como estão em desenvolvimento, devem ter prioridade absoluta (ZOLA, 2015).

O ECA assegura a relação horizontal entre crianças, adolescentes e adultos, afirmando como prioridade máxima os direitos da infância e da juventude, colocando Estado, sociedade, comunidade e família como os responsáveis por garantir a manutenção desses direitos, conforme o teor do seu artigo 4º[6] e à luz do que preceitua a Carta Magna, em seu artigo 227[7].

Welter (2016) argumenta que, da regra constitucional, emerge o Princípio do Melhor Interesse da Criança como objetivo a ser seguido pela família, pela sociedade e pelo Estado, e é dever de todos a busca da garantia desse interesse. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem o objetivo de consolidar todos os direitos constantes na doutrina da proteção integral, conforme as necessidades da criança e do adolescente, de acordo com o ECA. Ademais, é necessário esclarecer que qualquer interpretação de leis deve se dar no sentido de garantir sempre o melhor interesse para o menor (SILVEIRA, 2016).

Afirma Lôbo (2011, p. 76) que, no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, "[...] se reconhece o valor intrínseco e prospectivo das futuras gerações, como exigência ética de realização de vida digna para todos". Assim, segundo o autor, "[...] o poder familiar existe em função

[5] Eventuais parágrafos sem a indicação da fonte representam uma síntese ou uma análise da acadêmica a partir das informações trazidas a este estudo.

[6] "Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária".

[7] "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

e no interesse do filho. [...] hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse".

É com base em tal princípio que, atualmente, os profissionais do Direito, ao tratarem da filiação, devem observar o que, de fato, é melhor para o menor, de forma a garantir sua realização pessoal, independentemente de existir relação biológica ou não, pois muitas vezes os menores encontram-se ligados com a família natural apenas por laços sanguíneos, não existindo quaisquer relações de afetividade e afinidade que sejam capazes de uni-los como família propriamente dita (SOBRAL, 2010).

Especificamente no que tange ao processo de adoção, a prioridade e o melhor interesse se dão no sentido de garantir que o menor terá preservado o seu direito à convivência familiar e comunitária, ainda que não seja em sua família natural. Ainda, o princípio do melhor interesse da criança associado ao instituto da adoção pode ser encontrado no art. 43 do ECA, o qual afirma que a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens ao adotando, sendo uma medida de proteção aos direitos da criança e do adolescente, não um mecanismo de satisfação dos interesses dos adotantes (SANTINI, 1996).

Dessa forma, família, sociedade e Estado devem cooperar mutuamente para a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, não podendo se utilizar de pretextos para se eximir ou se omitir no cumprimento de quaisquer garantias (SILVA, 2010). O direito à convivência familiar é uma garantia básica do menor, e a adoção pode lhe propiciar uma convivência saudável, ainda que em uma família substituta (ELLEN, 2014).

Importante salientar que a colocação do menor em família substituta sempre se dará por meio de decisão judicial e somente quando for comprovado que é a melhor medida para o menor, nos casos em que a família natural já não pode garantir a convivência familiar saudável. Nesse diapasão, o acolhimento institucional deve ter caráter absolutamente provisório. Assim, se a criança e o adolescente têm como direito a convivência familiar e comunitária, e a família natural já não possui as condições necessárias para os manter no seu seio, seria necessária uma maior celeridade dos processos de adoção por parte do Estado, a fim de garantir a necessária condição para a proteção, o crescimento e o desenvolvimento do menor na sociedade. A ausência dessa garantia significa a ausência do cumprimento da respectiva legislação de proteção integral à criança (FANTE: CASSAB, 2007).

Em linhas gerais, o objetivo de garantir o direito de criação e educação do menor no seio de sua família, independentemente de ser família natural ou substituta, é afastar a possibilidade de que esse menor vá para uma instituição de acolhimento, situação que acarretaria a privação desse menor da necessidade indispensável de conviver em família para garantir seu regular desenvolvimento (FERREIRA, 2003).

Um ambiente familiar saudável e seguro garantirá a formação de um cidadão com as virtudes necessárias e urgentes à sociedade. Nesse caso, quando se torna impossível a convivência dentro da família natural, cabe ao Estado e à sociedade restaurar o equilíbrio, buscando construir laços dentro de um ambiente familiar substituto. Sob tal perspectiva, o direito à convivência familiar pode ser caracterizado como um alicerce da dignidade da pessoa humana, pois é no seio familiar que o indivíduo se desenvolve e aprende a se socializar, formando sua personalidade conforme o

ambiente em que vive (SILVA; BATISTA, 2012). Nota-se, portanto, que institucionalizar uma criança não é uma boa alternativa, tampouco atende ao seu melhor interesse. Ou se reestabelece o vínculo com a família natural, ou se busca a colocação do menor em família substituta. Nessa senda, a proteção da criança e do adolescente, garantida de forma efetiva por meio de seus princípios, é o grande desafio trazido pelo ECA. É preciso, portanto, haver cooperação entre os diversos setores, os Conselhos Tutelares e os demais atores sociais da rede de proteção prevista na Constituição Federal (SILVA, 2010).

A MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO NOS PROCESSOS DE ADOÇÃO

A partir do que foi apresentado, resta a indagação acerca do motivo pelo qual o tempo de adoção no Brasil é tão moroso e difícil, mesmo que os candidatos a adotantes preencham todos os requisitos impostos pela lei, que as crianças sejam a prioridade máxima à luz da legislação e que seja evidente a necessidade de destituição do poder familiar em famílias cujo ambiente não é salutar aos infantes.

Conforme dispõe o artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". De igual modo, a Convenção Americana de Direitos Humanos trouxe à baila a questão da celeridade processual em seu artigo 8º, inciso I:

> Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e *dentro de um prazo razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido com antecedência pela lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outro caráter.[8] (Grifou-se)

O que se verifica, porém, é que, devido ao aumento progressivo da população brasileira, aliado à mudança de comportamento da sociedade em virtude dos avanços da globalização, da comunicação e do acesso rápido à informação, que proporcionaram a todas as camadas sociais um exercício mais acentuado dos seus direitos e deveres, juntamente com a falta de estruturação do Judiciário para lidar com essas novas tendências, há uma multiplicação de demandas judiciais, o que acaba acarretando atraso no seu julgamento. Ademais, não é incomum ver o Poder Judiciário acumular demandas que tratam de questões socialmente irrelevantes, movidas, muitas vezes, por interesse de satisfação pessoal do indivíduo, o que gera o abarrotamento da máquina estatal, tornando-a morosa no julgamento de questões realmente pertinentes, como é o caso das lides que tratam de adoção (SANTOS; MACHADO, 2016).

Para adotar, no Brasil, é necessário o registro dos pretendentes à adoção no Cadastro Nacional de Adoção – CNA, o que por si só já pode representar um entrave, embora ele tenha sido criado para facilitar a adoção e evitar a multiplicidades de processos (ALVES, 2011). Essa

[8] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** San José da Costa Rica. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 04 out. 2016.

necessidade remete a certa burocracia que foi instituída, já que é preciso, por exemplo, explicitar até mesmo situação econômica dos candidatos à adoção (RIZZARDO, 2011).

Tal Cadastro é utilizado como banco de dados e possui informações sobre os menores, bem como de pretendentes à adoção. Dessa forma, as informações são uniformizadas e emerge a possibilidade de os pretendentes à adoção de um estado poderem adotar crianças e adolescentes de outro estado (ALVES, 2011). No entanto, a demora na fila de espera pode ser de anos, o que significa que a situação do pretendente pode já não ser mais a mesma da época em que se cadastrou, fazendo com que o Cadastro, de certa forma, perca um pouco o seu objetivo (GRANATO, 2010).

A não observância da inscrição no Cadastro Nacional de Adoção – CNA só será admitida em casos de supremacia do interesse do menor, como destacam destacam Rossato, Lépore e Cunha (2013, p. 223):

> Não obstante a sistemática firmada pela Lei Nacional da Adoção, a jurisprudência flexibiliza as hipóteses de dispensa de prévio cadastramento e respeito à fila de adoção [...]. O que tem sido considerado mais importante é o melhor interesse da criança, o que na maioria das vezes tem sido aferido pela formação de laços de afinidade e afetividade com os pretendentes à adoção.

Assim, em determinadas situações, para priorizar o melhor interesse do menor, será necessário analisar o caso concreto, consequentemente, o magistrado deverá proceder a uma análise criteriosa, o que também demandará tempo, até porque será preciso buscar ajuda de profissionais especializados, como assistentes sociais, psicólogos, etc (BRAUNER; ALDROVANDI, 2010).

Conforme já se referiu, a Lei da Adoção introduziu alterações objetivando diminuir o tempo de espera de menores em abrigos. Em seu artigo 163, *caput*, determina o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias para que seja concluído o processo de destituição do poder familiar. Na prática, isso nem sempre é possível, pois pais que parecem não ter mais interesse pelos filhos, deixando de prover as suas necessidades básicas, de repente começam a ter conduta diferente, prometem que mudarão o comportamento, afirmam amar a prole e, com isso, surge um impasse. Em decorrência de tal situação, o procedimento de colocação do menor em família substituta teve pequenas alterações relativamente à coleta do consentimento para adoção junto aos pais, com o objetivo de orientá-los, por meio de equipe multiprofissional, acerca das consequências da entrega dos filhos para adoção (DIGIÁCOMO, 2016).

Talvez a mais significativa alteração na referida Lei diga respeito à habilitação dos postulantes à adoção, que deverão participar de um curso ou programa destinado aos adotantes, sob a justificativa de que se pretende, com isso, estimular a adoção de crianças maiores, deficientes ou pertencentes a grupos de irmãos que deverão ser adotados juntos a fim de não se desfazer os laços familiares (DIGIÁCOMO, 2016). Também essa lei alterou o termo "abrigo" para "acolhimento institucional". E, em relação a tais instituições, reduziu de dois dias para vinte quatro horas o prazo para que o menor seja acolhido (ALVES, 2011). Essa Lei também introduziu, em favor do adotado, o

direito de conhecer a sua família biológica, bem como de ter acesso ao processo judicial no qual a medida de adoção foi instituída (LÔBO, 2010).

É cediço que o instituto da adoção abrange uma série de requisitos com o intuito de se preservar o melhor interesse do menor, os quais devem ser observados, entretanto cumpre salientar que as questões jurídicas envolvendo esses procedimentos podem acarretar diversos prejuízos tanto ao Estado como aos candidatos à adoção e à criança, como, por exemplo, o gasto excessivo do Estado com a manutenção das crianças em abrigos enquanto a situação não é resolvida, transtornos psicológicos em decorrência da morosidade processual, tendo como consequência o impedimento de a criança usufruir do seu direito à convivência familiar e a perda de vontade por parte dos adotantes em concluir o procedimento em virtude da excessiva demora. Assim, pode ter sido "[...] louvável o objetivo da lei em comprovar a compatibilidade entre as partes e verificar as probabilidades de sucesso da adoção [...]", todavia um processo excessivamente longo "[...] faz com que, quando os pais adotivos tenham finalmente a criança, muito já aconteceu na vida deles e na vida dela em um período decisivo para a formação sadia do psiquismo infantil" (PEREIRA; PEREIRA, 2011, p. 24).

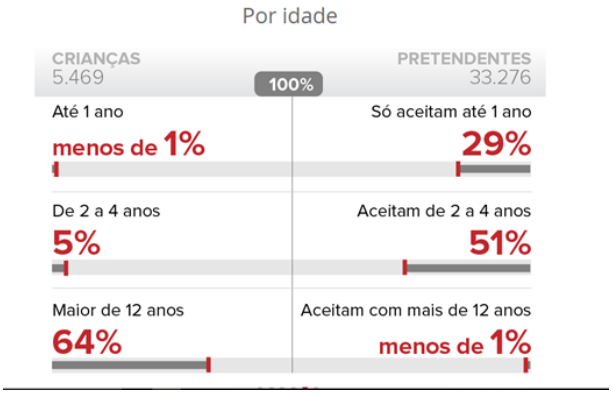
No mesmo sentido, Dias (2013, p. 515) afirma que a "Lei da Adoção [...] só veio dificultar o processo de adoção. De forma injustificável dá preferência à família biológica, o que leva o judiciário a desprender muito tempo buscando encontrar parente que os deseje". Para a autora, a Lei de Adoção pode ser considerada um limitador à adoção, e não um facilitador, que, em tese, seria o objetivo primeiro da lei em comento.

Outro requisito que pode trazer morosidade ao processo de adoção, como já se antecipou, é o estágio de convivência, o qual objetiva possibilitar um convívio entre a criança e os pretendentes à adoção. Para adotantes brasileiros, a autoridade judicial fixará um prazo de duração desse estágio a ser cumprido, porém, em se tratando de adoção por estrangeiro, o prazo será de, do mínimo, quinze dias, para qualquer idade do adotado, desde que cumprido em território nacional (GONÇALVES, 2011).

Além disso, as normas atuais obrigam o Estado a elaborar estudos antes de destituir o poder familiar, esgotar os meios de citação e garantir a nomeação de um defensor. Essas garantias demandam um tempo que poderia ser destinado a empreender esforços em prol da colocação do menor em uma família substituta. Nesse diapasão, o artigo 4º do ECA, anteriormente comentado, não tem sido devidamente aplicado ao estabelecer garantias em favor de outros atores que não as crianças (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Dessa forma, percebe-se que são diversas as razões e as hipóteses que podem acarretar a morosidade do processo e o desrespeito aos prazos previstos em lei, entre elas, o fato de o adotante ter alguns requisitos para adotar uma criança, como, por exemplo, idade máxima de interesse, devendo-se levar em conta que, com o passar do tempo, muitas vezes, o adotando já não atende mais a esse requisito (FANTE; CASSAB, 2007). Nesse sentido, a figura que segue é capaz de ilustrar o cenário nacional quanto à exigência em relação à idade das crianças a serem adotadas.

Figura 1 – O Retrato da Adoção no Brasil no que tange ao quesito idade



Fonte: Cadastro Nacional de Adoção.[9]

Por outro lado, a lentidão no processo de destituição do poder familiar é um dos grandes entraves para que possa ser concretizado o processo de adoção no tempo determinado pela lei, embora seja notório que toda essa burocracia foi pensada no sentido de evitar equívocos, como colocar o menor em uma família substituta sem garantia de ser um bom ambiente para convivência ou, então, sem que se esgotem todas as possibilidades de reinserir a criança ou o adolescente no seio da sua família natural, objetivo maior do Estatuto da Criança e do Adolescente (FANTE; CASSAB, 2007).

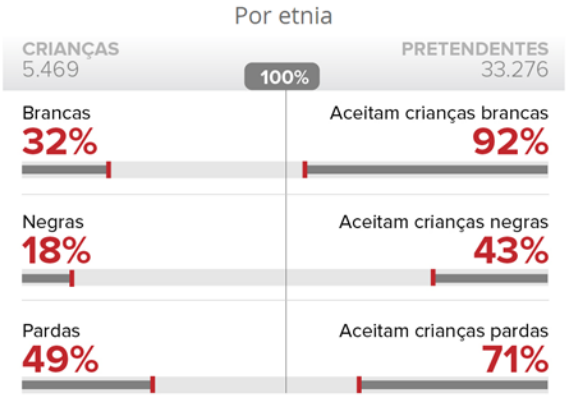
A falta de profissionais na equipe técnica que fará a avaliação da situação do menor, bem como a falta de Varas especializadas são outros dois fatores, entre tantos outros, que contribuem para a morosidade processual e o desrespeito dos prazos previstos. A equipe técnica é a conexão entre todos os envolvidos dentro de um processo, é ela que escuta os envolvidos, analisa seus comportamentos, identifica a estruturação das famílias naturais e substitutas, entre outras situações em que é preciso analisar no caso concreto. É preciso uma sensibilidade apurada para lidar com questões que envolvem relações humanas, nas quais poderá haver uma ruptura da ligação entre a família natural e o filho, com a posterior constituição de uma nova família. Desse modo, uma equipe interprofissional preparada, valorizada, qualificada e com engajamento no procedimento é capaz de identificar as reais vantagens do processo de adoção a fim de preservar os interesses do menor (FERREIRA, 2003).

Há ainda um outro fator determinante para a morosidade processual, que se inter-relaciona com as demais questões antes referidas, que são os critérios das famílias para escolherem os adotandos. No Brasil, conforme se pôde verificar na figura 1, há mais de cinco mil crianças aptas aguardando adoção e mais de 30 mil pretendentes. Esses números podem levar a pensar que a solução é fácil para a maior parte dos casos de crianças institucionalizadas e cujos pais já foram destituídos do poder familiar, porém a maioria das crianças não se encaixa no perfil desejado pelas famílias que querem adotar. Grande parte dos pretendentes a pais desejam crianças menores de um ano, de pele clara e com boa saúde. Contudo, essa não é a realidade dos abrigos no País, já que apenas 6% das crianças aptas para adoção têm menos de um ano de idade; mais de 80% delas têm mais de cinco anos. A questão racial também é outra razão para demora, pois mais de 60% das

[9] O RETRATO da adoção no Brasil. **G1**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/bemestar/2015/o-retrato-da-adocao-no-brasil/>. Acesso em: 25 abr. 2016.

crianças não são brancas, como desejado por muitos candidatos à adoção (MATOUKA, 2015). Nessa perspectiva, vejam-se os dados evidenciados na figura que segue.

Figura 2 – A adoção no que tange ao quesito etnia



Fonte: Cadastro Nacional de Adoção.[10]

No Rio Grande do Sul, por exemplo, existe pouco mais de 600 crianças e adolescentes aguardando uma nova família. Esse número esbarra exatamente na questão do perfil procurado. Mais de 500 menores têm 10 anos ou mais, a maioria pertence a um grupo de irmãos e há ainda alguns com deficiência física, mental ou portadores de alguma doença, como, por exemplo, o HIV (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Na análise desses números, não estão contidas as crianças que aguardam uma definição sobre o seu futuro, aquelas cujos pais ainda não foram destituídos do poder familiar, mas que também não podem permanecer no seio familiar, o que contribui ainda mais para a institucionalização e para a morosidade processual.

Ademais, segundo o Cadastro Nacional de Adoção (figura 3), existem mais meninos à espera de uma família, podendo-se verificar que os pretendentes a adotar têm preferencia por meninas, o que leva a mais um descompasso e, consequentemente, acarreta demora no processo.

Figura 3 – Adoção no que tange ao quesito sexo



Fonte: Cadastro Nacional de Adoção.[11]

[10] O RETRATO da adoção no Brasil. **G1**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/bemestar/2015/o-retrato-da-adocao-no-brasil/>. Acesso em: 27 abr. 2016.

[11] O RETRATO da adoção no Brasil. **G1**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/bemestar/2015/o-retrato-da-adocao-no-brasil/>. Acesso em: 26 abr. 2016.

Dessa forma, a morosidade que perpassa todo o processo de adoção causa o maior de todos os problemas, qual seja, o elevado número de crianças e adolescentes institucionalizados. Esse grande número de infantes esquecidos nas instituições, aguardando a sua reintegração à convivência familiar, tem seus direitos desrespeitados, ficando evidente que tanto a prioridade absoluta do menor quanto o seu melhor interesse não têm sido levados em conta conforme preconiza a legislação nacional vigente (FANTE; CASSAB, 2007).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ponto crucial no que se refere à adoção é encontrar meios para dar maior celeridade processual com o propósito de diminuir o sofrimento dos adotandos abandonados, independentemente de quais sejam os motivos, acolhendo-os em famílias substitutas com todas as condições de oferecer a eles os direitos à educação, saúde, lazer, afeto, bem-estar, enfim, tudo o que qualquer criança e adolescente têm direito para uma vida digna e feliz.

Embora tenha havido um avanço considerável com o artigo 5º, LXXVIII, da CF/1988 no que tange à razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, na prática, isso nem sempre se consubstancia, pois as normas legais que regulam a adoção exigem o cumprimento de requisitos que, às vezes, implicam a morosidade dos processos. Além disso, o juiz não pode simplesmente prolatar uma sentença sem a devida análise processual do caso concreto, sob pena de cometer equívocos.

Atendendo ao que dispõe a lei, o processo de reintegração da criança à família biológica poderá durar dois longos anos, tempo estipulado para a destituição do poder familiar. Talvez esse tempo seja desnecessário ou demasiado, pois a criança, ao chegar à instituição de acolhimento, já sofreu o abandono, caso contrário, não estaria ali. Isso demonstra que a lei por si só já fere a dignidade desse ser, e o Estado, na tentativa de que algum parente queira ficar com a criança, acaba sendo conivente em relação a esse tempo, durante o qual o menor fica à espera, impossibilitado de que seu nome entre no Cadastro Nacional de Adoção. Assim, dois anos é muito tempo tanto para a criança, que sequer está apta ao cadastro, como para a pessoa que está na fila à espera para adotar.

Com base no estudo empreendido, é possível constatar a existência de um conjunto de fatores que fazem o processo de adoção ser tão moroso, quais sejam: as exigências burocráticas, a falta de estrutura para contemplar tantos processos, a não conexão, por parte do Judiciário, dos assistentes sociais e de todos os envolvidos no processo de adoção, a escassez de profissionais técnicos, o tempo destinado à destituição do poder familiar, as idas e vindas dos pais biológicos, que ora querem dar os filhos para adoção, ora desejam mantê-los consigo, além do perfil dos adotandos, que nem sempre corresponde às expectativas dos adotantes. Tudo isso faz com que não prevaleça, na prática, o melhor interesse do menor, permitindo a inobservância dos preceitos do ECA.

Assim, embora sejam correntes os comentários de que não há, por parte do Poder Judiciário, interesse em agilizar as demandas das pessoas que almejam adotar uma criança, restou comprovado que a morosidade do Poder Judiciário deve ser atribuída a muitos outros fatores que não o desinteresse em agilizar os processos de adoção, pois, como supramencionado, há fatores

que independem da boa vontade do magistrado ou da movimentação do aparato estatal, como é o caso das preferências estabelecidas pelos adotantes.

A fim de que esse quadro mude, são necessários ainda mais esforços em prol de uma tutela que seja menos burocrática e mais eficiente para agilizar o processo de adoção. É preciso ter sempre presente a premissa básica da proteção integral de que gozam crianças e adolescentes, priorizando o seu desenvolvimento e respeitando os princípios basilares que garantem a sua proteção.

Por outro lado, não se deve deixar de atentar para o fato de que, segundo as normas e os princípios basilares da Carta Magna de 1988, bem como à luz do que preconiza o ECA, não devem prevalecer a formalidade e a falta de estrutura do Poder Judiciário nos processos de adoção, pois isso representa um desrespeito ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, comprometendo, ainda, a sua proteção integral, entre outros direitos. A morosidade processual tem como consequências o impedimento da criança de usufruir do seu direito à convivência familiar, podendo levar à perda de vontade, por parte dos adotantes, de concluir o procedimento em virtude da excessiva demora.

Consoante foi possível verificar, o número de crianças aptas à adoção é muito inferior ao número de candidatos já cadastrados, assim, aqui está a relevante lacuna deixada pela Lei da Adoção. Essa realidade aqui descortinada demonstra que, apesar de todos os esforços coletivos que têm sido empreendidos, a solução para os problemas enfrentados não parece ser muito fácil, uma vez que vários fatores estão imbricados nessa complexa teia que envolve, de um lado, pessoas que desejam acolher e amar e, de outro, indivíduos carentes de afeto, sedentos por um lar e sem perspectivas de futuro frente a uma espera que parece sem fim.

REFERÊNCIAS

ALVES, Graziella Ferreira. **Adoção no Brasil à Luz do Neoconstitucionalismo.** 2011. 118 f. Dissertação Mestrado em Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Universidade Federal de Uberlândia, UFU-MG, Uberlândia, 2011. Disponível em: <http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/1778/1/Ado%C3%A7%C3%A3oBrasilLuz.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2015.

ANTONELLI, Diego. De menor a maior abandonado. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 16 jul. 2012, Juventude. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/de-menor-a-maior-abandonado-3cax2s205itpcr7cj7rd9es7i>. Acesso em: 06 jun. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MAGISTRADOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE (ABRAMINJ). **A nova Lei da adoção e seus Efeitos.** [S.L.]. Disponível em: <http://www.abraminj.org.br/Painel/anexos/A%20nova%20Lei%20da%20Adocao%20e%20seus%20efeitos.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS GRUPOS DE APOIO À ADOÇÃO (ANGAAD). **A culpa não é dos habilitados.** [S.L.]. Disponível em: <http://www.angaad.org.br/Art_002.html>. Acesso em: 11 out. 2016.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços.** 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 out. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 04 out. 2016.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. **19ª ENAPA – DESAFIOS DA MATERNIDADE.** Encontro Nacional de Grupos de Apoio à Adoção. Disponível em: <http://www.portaldaadocao.com.br/docs/cartilhas/Cartilha_ENAPA_19.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

BRASIL. Poder Judiciário Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Colocação em família substituta - guarda, tutela e adoção.** Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/index.php/comarcas/jij/comarca-juizado-infancia-juventude-aparecida-de-goiania/guarda-tutela-e-adocao>. Acesso em 15 nov. 2016.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; ALDROVANDI, Andrea. Adoção No Brasil: Aspectos Evolutivos Do Instituto No Direito De Família. **Revista Juris**. Rio Grande, v. 15, 2010. p. 7-35. Disponível em: <http://www.seer.furg.br/juris/article/view/3214/1872>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas.** Brasília, 07 jun. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnca/publico/>. Acesso em: 07 jun. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judiciário gaúcho lança campanha sobre o perfil de adoção no Rio Grande do Sul.** Porto Alegre, 11 julho 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/82799-judiciario-gaucho-lanca-campanha-sobre-o-perfil-de-adocao-no-rs>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Passo-a-passo da adoção.** Brasília. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/cadastro-nacional-de-adocao-cna/passo-a-passo-da-adocao>. Acesso em: 14 mai. 2016.

CONSELHO NACIONA DE JUSTIÇA (CNJ). **Processos relacionados à adoção no Brasil:** uma análise sobre os impactos da atuação do Poder Judiciário. Coord. Marcelo Guedes Nunes [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/8aab4515becd037933960ba8e91e1efc.pdf>. Acesso em: 04 out. 2016.

DEVOLUÇÃO de crianças adotadas. Brasília. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-a docao/devolucao-de-criancas-adotadas.aspx>. Acesso em: 06 jun. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Esvaziar os abrigos ou esvaziar a adoção.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_>. Acesso em: 26 mai. 2016.

DIGIÁCOMO, Eduardo. **A "Lei de Adoção" e suas implicações:** algumas questões a serem respondidas. São Paulo: Ixtlan, 2016, p. 35. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/adocao/lei_de_adocao_e_suas_implicacoes__perguntas_e_respostas_ed2016.pdf>. Acesso em: 04 out. 2016.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1172067.** Minas Gerais 2009/0052962-4, Relator: Ministro Massami Uyeda. Data de Julgamento: 18/03/2010, T3 - TERCEIRA TURMA. Data de Publicação: DJe 14/04/2010. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9115155/recurso-especial-resp-1172067-mg-2009-0052962-4>. Acesso em: 21 set. 2016.

ELLEN, Erica. Doutrina da Proteção Integral e o Princípio do melhor interesse do Menor (MIM) aplicados ao menor infrator. **Jus Navigandi**, [S.L.]. Out. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33121/doutrina-da-protecao-integral-e-o-principio-do-melhor-interesse-do-menor-mim-aplicados-ao-menor-infrator/2>. Acesso em: 14 set. 2016.

FANTE, Ana Paula; CASSAB, Latif Antônia. Convivência familiar: um direito à criança e ao adolescente institucionalizado. **Revista Textos e Contextos.** Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 154-174, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1052/3238>. Acesso em: 10 out. 2016.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. **Adoção:** guia prático doutrinário e processual com as alterações da Lei n. 12010, de 3/8/2009. São Paulo: Cortez, 2003.

GIUSTINA, Joacir Della, et al., Construindo uma nova realidade para crianças e adolescentes. In: **Direitos Humanos no Brasil –** Diagnósticos e perspectivas V.II. MOSER, Claudio; RECH Daniel (Orgs).. Rio de Janeiro: Céris/Maud, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRANATO, Eunice Rodrigues. **Adoção:** Doutrina e prática**.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

INSTITUTO PAULO FREIRE. **26 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente.** [S.L.], 13 jul. 2016. Disponível em: <https://www.paulofreire.org/noticias/485-26-anos-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 05 set. 2016.

LÉPORE, Paulo. **Por que no Brasil há mais famílias querendo adotar do que crianças e adolescentes à espera de pais adotivos?** Disponível em: <http://paulolepore.jusbrasil.com.br/artigos/121816344/por-que-no-brasil-ha-mais-familias-querendo-adotar-do-que-criancas-e-adolescentes-a-espera-de-pais-adotivos>. Acesso em: 15 nov. 2016.

LISBOA, Sandra Maria. **Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente** (Doutrina e Jurisprudência). São Paulo: Forense, 1996.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2010.

MATOUKA, Ingrid. Para cada criança na fila de adoção há seis famílias interessadas. **Carta Capital.** [S.L]. 08 jul. 2015. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/para-cada-crianca-na-fila-de-adocao-ha-quase-seis-pais-possiveis-2498.html>. Acesso em: 13 out. 2016.

OLIVEIRA, J.M. Loni Lopes de. **Guarda, Tutela e Adoção.** Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda., 1997.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** San José da Costa Rica. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 04 out. 2016.

O RETRATO da adoção no Brasil. **G1**, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://especiais.g1.globo.com/bemestar/2015/o-retrato-da-adocao-no-brasil/>. Acesso em: 26 abr. 2016.

PEREIRA, Fábio Henrique; PEREIRA, Mariáh Terezinha Nascimento. **Adoção tardia.** São Paulo: Baraúna, 2011.

PRODANOV, Cléber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do Trabalho Científico**: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico. Novo Hamburgo: Feevale, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Dirceu A. Victor. **Dicionário de Brocardos Jurídicos**. São Paulo: Ateniense, 1995.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente comentado.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013.

SANTINI, José Raffaelli. **Adoção – guarda – medidas socioeducativas:** doutrina e jurisprudência – prática. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SANTOS, Izaul Lopes dos; MACHADO, Márcio Calçada Fernandes. A morosidade do Poder Judiciário no Brasil**. Revista científica eletrônica de ciências aplicadas da FAIT.** Disponível em: <http://fait.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/CBGNglexrhgcqwX_2014-4-16-17-0-18.pdf>. Acesso em: 04 out. 2016.

SANTOS, Ozéias Junior. **Adoção:** Novas regras da adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Sysllok, 2011.

SILVA, Carlúcia Maria. O estatuto da criança e do adolescente e a rede de proteção dos direitos da criança e do adolescente: reflexões sobre os seus eixos norteadores. **Revista Perspectivas em Políticas Públicas**, Belo Horizonte, v. III, n. 6, p. 141-157, jul.-dez./2010. Disponível em: <http://revistappp.uemg.br/pdf/ponto1ppp6.pdf>. Acesso em 06 set. 2016.

SILVA, Nidian Santos da; BATISTA, Juliana de Paula. A constituição do vínculo na adoção – aspectos jurídicos e afetivos. **Judicare – Revista Eletrônica da faculdade de Direito de Alta Floresta**. v. 4, n. 4, 2012, [S.L.]. Disponível em: <http://ienomat.com.br/revista/index.php/judicare/article/view/56/171>. Acesso em: 09 set. 2016.

SILVERIA, Paula Galbiatti. A Doutrina da Proteção Integral e a Violação dos Direitos das Crianças e Adolescentes por meio de maus tratos. **IBDFAM**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20doutrina%2017_11_2011.pdf>. Acesso em: 14 set. 2016.

SOBRAL, Mariana Andrade. Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400>. Acesso em: 21 set. 2016.

SOUSA, Adriane. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Alumnus, 2015, Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=Nl3HCgAAQBAJ&pg=PT6&dq=art+227+em+

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2010.

VIEGAS, Claudia Mara de; RABELO, Cesar Leandro de Almeida. Principais considerações sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. **Âmbito jurídico**. Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10593&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 14 set. 2016.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 94, nov. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12>. Acesso em: 26 set. 2016.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Laços de Ternura:** Pesquisas e histórias de adoção. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Adote com carinho:** Um manual sobre aspectos essenciais da adoção. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

WELTER, Belmiro Pedro. **A secularização da culpa no Direito de Família.** Disponível em: <www.mundojurídico adv.br/html/ artigos/ documentos/ texto620htm>. Acesso em: 18 jun. 2016.

ZOLA, Marlene Bueno. Políticas Sociais, família e proteção social: Um estudo acerca das políticas familiares em diferentes cidades, países. In: MIOTO, Regina Célia Tomaso; CAMPOS, Marta Silva; CARLOTO, Cássia Maria (Orgs).. **Familismo – Direitos e Cidadania:** Contradições da política social. São Paulo: Cortez, 2015.

OS EFEITOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* NO ÂMBITO CIVIL

Shaiane da Cruz Oliveira[1]
Henrique Alexander Grazzi Keske[2]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo busca discutir o tema da reprodução humana por inseminação artificial *póstuma*, na forma homóloga, prevista no art. 1.597 do Código Civil Brasileiro. O método dedutivo, comparativo e analítico foram utilizados para realização deste trabalho. O nível de pesquisa é descritivo. A técnica de pesquisa ocorre mediante análise de teses doutrinárias sobre este tema, também, utiliza-se pesquisa documental e jurisprudencial. Inicialmente, a pesquisa apresenta a importância da ciência para aqueles que enfrentam dificuldades para procriar. Destaca-se a relevância da proteção jurídica do embrião criopreservado, tal qual ao nascituro, para resguardar os direitos civis do filho póstumo. Discute-se a ausência de legislação específica sobre a reprodução *post mortem,* especialmente a falta de estipulação de prazo para realização da inseminação e o silêncio do legislador sobre a necessidade de autorização do cônjuge para utilização do seu material genético após a sua morte. A principal análise do presente artigo é sobre o direito do filho póstumo ao reconhecimento do vínculo de filiação e ao recebimento da herança por sucessão legítima e testamentária.

DA FILIAÇÃO *POST MORTEM*

Com o passar do tempo, o conceito de entidade familiar passou por transformações. Atento a tais mudanças, o legislador tratou sobre o tema na Constituição de 1988, visando proteger a família em suas mais variadas formas, seja a constituída por união estável, casamento ou a monoparental: "Os conceitos de casamento, sexo e procriação se desatrelaram e o desenvolvimento de modernas técnicas de reprodução permite que a concepção não mais decorra exclusivamente do contato sexual". Por essa razão, nem sempre o vínculo de filiação será definido pela origem biológica (DIAS, 2011, p. 357).

Nesse sentido, as palavras de Cristiano Chaves e Rosenvald: "Para que seja vivenciada a experiência da filiação, não é necessária a geração biológica do filho". Isto é, a relação entre os genitores e o filho não é estabelecida apenas através da transmissão de carga genética, pois existem outros elementos capazes de definir o status de pai e mãe, como a vivência e os ensinamentos diários, que são elementos fundamentais. Em síntese, a estipulação de vínculo filiatório não requer, obrigatoriamente, que o casal tenha tido relacionamento sexual, pois, o

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: shaiannecruz@hotmail.com.
[2] Doutor em Filosofia pela Unisinos. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: henriquek@feevale.br.

reconhecimento da paternidade/maternidade pode ir além do vínculo biológico (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 543).

Conforme lição de Madelo Rolf: "os filhos são a continuação da espécie humana, representando o elo sequencial da feição do homem, a gerar novos indivíduos para integrar o passado ao futuro e construir a história da humanidade" (ROLF, 2013, p. 512).

Assim, a filiação é entendida como a ligação estabelecida entre pais e filhos. Esse vínculo pode ser oriundo da reprodução natural, reprodução assistida homóloga ou heteróloga, bem como "em virtude da adoção ou de relação socioafetiva resultante da posse do estado de filho" (FUJITA, 2011, p. 10). Sob o ponto de vista dos ascendentes, "o estado de filiação traduz-se na paternidade ou maternidade. Utiliza-se o termo paternidade de forma genérica para expressar a relação do pai e da mãe com relação aos filhos" (VENOSA, 2013. p.228).

Para Paulo Lôbo, no Brasil, a filiação pode ser estabelecida com base no critério biológico e não biológico, cabendo aos genitores decidir o tamanho da prole e a época em que será concebida, sendo o Estado vedado de determinar circunstâncias e barreiras. A origem genética dos filhos pode ser conhecida ou não, "de escolha afetiva, do casamento, de união estável, de entidade monoparental ou de outra entidade familiar implicitamente constitucionalizada" (LÔBO, 2011, p.216).

Em contrapartida, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald entendem que os fundamentos para estipulação do vínculo de filiação são baseados em três critérios: Jurídico, biológico e socioafetivo. O vínculo de filiação baseado no critério jurídico, também chamado de critério legal, está previsto na legislação, ou seja, é alicerçado em uma hipótese relativa determinada pelo legislador; quanto ao critério biológico, tem-se que o vínculo sanguíneo irá estipular a filiação. Atualmente, a tecnologia permite precisar a origem genética da pessoa, desta forma, com a realização do teste de paternidade, há uma certeza científica quanto à ligação genética dos envolvidos; já o último critério é o socioafetivo, "estabelecido pelo laço de amor e solidariedade que se forma entre determinadas pessoas" (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p.563).

Conclui-se que, apesar de algumas divergências, é forçoso admitir que subsistem pontos em comum com os autores anteriormente mencionados: todos entendem que a filiação é baseada no critério biológico; quanto ao critério não biológico, mencionado por Paulo Lôbo, tem-se que, de certa forma, ele engloba o critério jurídico e socioafetivo defendido por Chaves e Rosenvald.

Ainda é relevante referir que todo cidadão tem direito ao planejamento familiar, não se trata de algo exclusivo do casal. Sobre o tema, deve-se analisar a Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, em conjunto com a Carta Magna. A legislação infraconstitucional, de forma mais abrangente, considera o planejamento familiar "como conjunto de ações de regulação da fecundidade", composto pela mulher, pelo homem ou por ambos, assegurando garantias idênticas de formação, controle ou crescimento da geração (LÔBO, 2011, p.218).

No que tange especificamente ao planejamento familiar que se origina do governo, Lôbo argumenta que este "é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade" (LÔBO, 2011, p.218).

Nessa senda, mister mencionar o teor do artigo 226, § 7° da Constituição Federal que estabelece o seguinte:

> 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 (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

A relação entre pai/mãe e filho é a relação de parentesco mais significativa para o Direito. Sustentando-se no que estabelece a Carta Magna a respeito da filiação, depreende-se que entre os filhos não deve haver qualquer distinção. Além disso, "não mais há qualquer obstáculo à determinação da filiação, sendo vedado o estabelecimento de limites à determinação do vínculo filiatório, seja ele qual for" (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p.540- 542). Associando a esse entendimento, Paulo Lôbo afirma que, com o advento da Carta Constitucional de 1988, "não há mais filiação legítima, filiação ilegítima, filiação natural, filiação adotiva, ou filiação adulterina" (LÔBO, 2011, p.216).

Veja-se o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

Ademais, a Constituição protege o direito de igualdade entre todos os filhos, vedando distinções entre eles, independentemente da origem. Nesse sentido, Berenice Dias entente que a Carta Magna "transformou crianças e adolescentes em sujeitos de direito. Deu prioridade à dignidade da pessoa humana, abandonando a feição patrimonialista da família" (DIAS, 2011, p.357).

Concernente à filiação, o art. 1.596 do Código Civil estabelece que "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Ainda que com o advento da Constituição Federal de 1988 todos os filhos tenham sido juridicamente igualados, os dispositivos legais que tratam sobre a filiação no Código Civil são deveras criticados por diversos doutrinadores. O descontentamento dá-se porque, de forma incompreensível, o legislador preservou "uma presunção de paternidade (art. 1.597) somente para os filhos nascidos de pessoas casadas, ignorando a existência da pluralidade de núcleos familiares, protegida, de forma expressa, pela Constituição Federal" (FARIAS, 2015, p. 540).

Coadunando a essa crítica, Berenice Dias afirma que a ordem jurídica inserida pela Lei Maior em 1988 privilegiou a dignidade da pessoa humana, sendo assim, vedou qualquer denominação

distintiva no que tange à filiação; e ainda garantiu direitos iguais, bem como "qualificações aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (CF 227 § 6º)". Desta forma, torna-se imperativo que o Código Civil deixe de lado a antiga terminologia que os distinguia, a saber: Os filhos eram classificados em legítimos (oriundos da relação matrimonial) e ilegítimos (fruto de relação extraconjugal). Ainda assim, contentou-se o legislador a eliminar as expressões "legítima" e "ilegítima", mantendo-se no mais, com pequenas modificações, o texto do antigo Código (DIAS, 2011, p.378).

Nessa senda, Dias ainda afirma que é vedado constitucionalmente o tratamento diferenciado entre os filhos, todavia, no Código Civil, existem capítulos distintos para os filhos que são gerados dentro do casamento e os que são concebidos de relações extramatrimoniais. Os filhos que nascem na constância do casamento têm a relação jurídica de filiação tratada nos artigos 1.596 a 1.606 do Código Civil, no capítulo "Da filiação", os demais casos, estão no capítulo "Do reconhecimento dos filhos", com previsão normativa nos artigos 1.607 a 1.617 do Código Civil (DIAS, 2011, p.354).

Corroborando o entendimento dos autores, Roberto Gonçalves sustenta que não obstante a inexistência, por proibição manifesta da lei, de pluralidade de direitos, "qualificações discriminatórias e efeitos diferenciados pela origem da filiação," determina ela, para a prole descendente "de justas núpcias, uma presunção de paternidade e a forma de sua impugnação"; para os que nasceram de relações extramatrimoniais, "critérios para o reconhecimento judicial ou voluntário; e para os adotados, requisitos para a sua efetivação" (GONÇALVES, 2011, p.319).

Várias são as críticas trazidas pelos doutrinadores a respeito da presunção de filiação, mas, destaca-se a análise de Berenice Dias, que parece englobar todos os aspectos observados. Para a autora, essa distinção ocorre porque o legislador ainda faz uso de indícios quando trata sobre os filhos nascidos na constância do matrimônio, pois ainda tem uma "visão sacralizada da família e da necessidade de sua preservação a qualquer preço", ainda que seja preciso "atribuir filhos a alguém, não por ser pai ou mãe, mas simplesmente para mantença da estrutura familiar" (DIAS, 2011, p.354).

Em continuação ao tema da filiação, muito embora as técnicas de reprodução humana tenham evoluído, ainda faz-se necessária a participação do ser humano para gerar uma vida. Consequentemente, todo indivíduo possui genitores biológicos: "Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos" (VENOSA, 2013, p. 227).

No que tange à presunção de filiação, o artigo 1.597 do Código Civil Brasileiro estabelece o seguinte:

> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Como se pode depreender da leitura do referido artigo, há uma lacuna legislativa relativa à reprodução homóloga *post mortem,* isso porque o legislador abordou apenas a presunção de filiação, todavia, "não regulamenta como se dará a filiação e a sucessão e se há necessidade de se respeitar algum tipo de prazo, bem como se há necessidade de autorização em vida" (PRADO, 2013, p. 6-11).

Por conseguinte, ao analisar o art. 1.597 do Código Civil Brasileiro, Eduardo de Oliveira Leite é enfático ao afirmar que a reprodução *post mortem* precisa de regulamentação temporal o mais breve possível, pela seguinte razão:

> A parte final do inciso III, ao se referir expressamente à hipótese de "mesmo que falecido o marido" cria, porém, a dúvida de ordem sucessória, que já apontáramos como geradora de problemas incontornáveis de ordem jurídica. Se o legislador não delimitar um prazo de possibilidade de acesso ao recurso, certamente a técnica poderá gerar embaraços cada vez maiores na esfera jurídica (LEITE, 2009, p. 137).

Embora não haja legislação que trate de forma específica das limitações da reprodução humana assistida post mortem, há diversos projetos em tramitação no Congresso Nacional a respeito do assunto (MALUF, 2013, p. 207). Ante a omissão do legislador, o Conselho Federal de Medicina trata sobre o tema na resolução nº 2121/15 da seguinte forma:

> VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM: É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente (Resolução CFM nº 2.121/2015).

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 115/2015, apresentado pelo Deputado Juscelino Rezende Filho, o qual visa regular a maneira com que serão aplicadas e utilizadas as técnicas reprodutivas, bem como estabelecer os "seus efeitos no âmbito das relações civis sociais" (Projeto de Lei da Câmara n° 115, de 2015).

Se o referido projeto for aprovado, o ordenamento jurídico brasileiro permitirá a utilização do material genético de qualquer pessoa após a sua morte, "seja óvulo, espermatozoide ou embrião já formado". Contudo, o doador deverá manifestar-se em vida, de forma expressa, autorizando o "uso do seu material biológico criopreservado". Ademais, será imprescindível a descrição do destinatário do gameta e da mulher que o "gestará após a concepção" (Projeto de Lei da Câmara n° 115, de 2015).

Existe outro relevante ponto de análise destacado por Farias e Rosenvald, os quais afirmam que o legislador não especificou se a mulher inseminada necessitará manter o estado de viuvez,

muito menos se o homem precisa autorizar a utilização do material depois de sua morte, "o que parece fundamental, uma vez que se vier a convolar novas núpcias, a presunção de paternidade se dirigirá ao novo cônjuge". Atento a essas preocupações, o enunciado 106 da Jornada de Direito Ciivl versa sobre o assunto (FARIAS e ROSENVALD, 2015. p. 577).

Seguindo essa linha de raciocínio, torna-se importante ressaltar o teor do enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil:

> 106 – Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte (Enunciado aprovado I Jornada de Direito Civil, de 12 a 13 set de 2002).

Nessa perspectiva, cumpre elucidar o entendimento dos autores quando declaram que, em caso de descumprimento das prescrições, "não incidirá a presunção *pater is est.* O filho, no entanto, poderá ajuizar ação de investigação de paternidade *post mortem* para obter o reconhecimento de seu estado filiatório" (FARIAS e ROSENVALD, 2015. p. 577).

Discorrendo ainda sobre esse tema, é possível acrescentar que, para Paulo Lôbo, na fecundação artificial homóloga *post mortem* persiste a presunção de paternidade do genitor falecido, tal qual a presunção tradicional, ou seja, aquela que "atribui a paternidade ao marido da mãe em relação ao filho nascido dentro dos trezentos dias após a morte daquele". Para que isso ocorra, deve-se comprovar a utilização de seu gameta, "por parte da entidade que se incumbiu do armazenamento" (LÔBO, 2011, p.222).

Ademais, de acordo com o doutrinador, é fundamental que haja o prévio consentimento expresso do falecido: "A paternidade deve ser consentida, porque não perde a dimensão da liberdade. A utilização não consentida do sêmen apenas é admissível para o doador anônimo, que não implica atribuição de paternidade" (LÔBO, 2011, p.222).

Nesse sentido, Madaleno Rolf conclui que a viabilidade da esposa sobrevivente realizar a inseminação artificial homóloga após a morte do esposo, mencionada no inciso III do artigo 1.597, somente poderá ser concretizada na hipótese de o genitor ter deixado, em posse da clínica, autorização expressa, anuindo com a realização do procedimento após a sua morte, "ou se, em vida, o marido assim se expressou por testamento ou documento autêntico" (ROLF, 2013, p. 525).

O entendimento de Madaleno é análogo ao parecer de Paulo Lôbo, que traz reflexões relevantes sobre o tema: Diante da ausência de prévio consentimento, é inadmissível que a viúva exija da clinica de inseminação artificial a entrega do material genético "por não ser objeto de herança" (LÔBO, 2011, p.222).

Aos poucos as discussões sobre a reprodução homóloga *post mortem* estão chegando ao judiciário. No Paraná, a professora Katia Adriana Knerneier e seu esposo, Roberto Jefferson Niels, resolveram ter um filho. Após diversas tentativas frustradas procuraram uma clínica especializada em reprodução humana assistida. Ao realizar os exames, o médico descobriu que Roberto estava com uma doença grave. Sendo assim, considerando a possibilidade de o tratamento resultar em esterilidade, o seu sêmen foi criopreservado. Porém, pouco tempo depois, a doença se agravou e

ele faleceu, sem manifestar expressamente o seu desejo quanto ao destino de seu material genético após a sua morte. A viúva, desejando realizar o sonho do casal, decidiu ter um filho de Roberto, "conforme a vontade que ele sempre manifestou". Todavia, temendo a responsabilidade civil, a clínica negou-se a realizar a inseminação, ante a ausência de manifestação escrita do doador. Sendo assim, Kátia ajuizou ação de obrigação de fazer contra a Clínica para que realizasse a inseminação (Processo nº 0027862-73.2010.8.16.0001, 13ª Vara Cível, Curitiba).

Em decisão liminar, que posteriormente foi confirmada na sentença, o juiz autorizou a realização do procedimento, por entender que muito embora não tenha havido a manifestação por escrito do marido falecido, "a falta de prova escrita produzida pelo próprio interessado não impede que a realidade seja evidenciada por outros meios e suprida judicialmente" (Processo nº 0027862-73.2010.8.16.0001, 13ª Vara Cível, Curitiba).

O caso aconteceu em Curitiba, no ano de 2010, sendo que em junho de 2011 a professora Kátia deu à luz a menina Luíza Roberta. Essa foi a primeira vez que o judiciário brasileiro enfrentou o tema da reprodução póstuma. "Depois da inseminação artificial, Katia ainda deixou o que sobrou do sêmen do marido e dois óvulos dela congelados. Porém, no fim de 2012, ela resolveu eliminar o sêmen" (KANIAK, 2013).

Concernente à legislação, o Projeto de Lei nº 115/2015 é o mais recente a tratar sobre o tema no país. Nele há previsão de que "o filho nascido da utilização de qualquer uma das técnicas de reprodução assistida é presumidamente filho dos cônjuges ou companheiros que a ela se submeteram"; quanto ao vínculo de filiação entre o filho póstumo e o genitor falecido, este será de uma "relação paterno-filial"; e, não será permitida nenhuma referência na certidão de nascimento ao método utilizado para geração da criança; no tocante ao prazo para utilização do material criopreservado, o PL 115/2015 não faz menção a limitação temporal (Projeto de Lei da Câmara n° 115, de 2015).

DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS

A sucessão é aberta no momento da morte real ou presumida de alguém. A partir desse instante nasce o direito hereditário, onde o falecido é substituído por seus sucessores "a titulo universal nas relações jurídicas" em que aquele fazia parte (HIRONAKA, 2007, p. 6).

O Código Civil estabelece, no art. 1.784 que "aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários" (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). A expressão "aberta a sucessão", é mencionada a fim de especificar o momento em que surgem os direitos sucessórios. De acordo com o princípio da *saisine*, "a lei considera que, no momento da morte, o autor da herança transmite seu patrimônio, de forma íntegra, a seus herdeiros" (HIRONAKA, 2007, p. 7).

A fim de ter uma compreensão básica sobre os direitos sucessórios, mister analisar algumas terminologias. Muitas vezes, os termos sucessão e herança são utilizados como se fossem iguais, todavia, são distintos: "A sucessão refere-se ao ato de suceder, que pode ocorrer por ato ou fato

entre vivos ou por causa da morte"; ao passo que a herança diz respeito ao patrimônio do falecido. O patrimônio é "o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa", sendo que a parte transmissível do patrimônio é composta por bens materiais ou imateriais: "A expressão *de cujus* está consagrada para referir-se ao morto, de que se trata da sucessão". Já o espólio é tido "como uma simples massa patrimonial que permanece coesa até a atribuição dos quinhões hereditários aos herdeiros" (PRADO, 2013, p. 6-7).

Ainda torna-se relevante salientar algumas considerações acerca de herança e legado: "A herança é uma universalidade. Os herdeiros, não importando o número, recebem uma fração indivisa do patrimônio, até que sua quota-parte se materialize na partilha"; ao passo que, "o legatário sucede a título singular, em semelhança ao que ocorre na sucessão singular ente vivos". Ademais, sem o testamento válido e eficaz, não existe legado e, em consequência, o legatário. Na ausência do testamento, ou havendo patrimônio maior do que disposto no testamento mantém-se a ordem de vocação hereditária legítima. Poderá haver, no testamento, instituição de herdeiros e legatários (VENOSA, 2014, p. 9-10).

> Essa diferença, herdeiro e legatário, acarreta enormes consequências práticas. Basta dizer, a princípio, que o legatário não tem a posse de que detém o herdeiro com a abertura da sucessão. Como regra geral, o legatário necessita pedir ao herdeiro a entrega da coisa legada. O legatário, salvo disposição expressa do testador, não responde pelo pagamento das dívidas do espólio, atribuição dos herdeiros. O herdeiro responde pelas dívidas do *de cujus*, na proporção do seu quinhão (VENOSA, 2014, p.10).

Consoante o art. 1.597, em especial o inciso III, a inseminação artificial homóloga *post mortem* não é vedada no Brasil, todavia, conforme a lição de Messias Carvalho e Daniel Carvalho, há uma lacuna legislativa na aplicação do caso concreto. Isso porque, embora a Constituição Federal arrole o direito à herança como garantia fundamental, o filho concebido após a morte do genitor encontra obstáculos jurídicos para exercer o seu direito. Para alguns doutrinadores, essa problemática poderia ser resolvida com previsão testamentária, onde o genitor, por intermédio de testamento, beneficia o futuro filho, porém para os referidos autores: "Num Estado Democrático de Direito onde se apregoa o garantismo constitucional, tal possibilidade não pode prosperar, há de se achar meios para tutelar os direitos desta prole" (CARVALHO, 2011, p. 11-13).

Ainda assim, os doutrinadores concluem que, "havendo clara vontade do casal em gerar o fruto deste amor, não pode haver restrição sucessória alguma, quando, no viés parental, a lei tutela esta prática biotecnológica". Seguindo-se, no entendimento dos autores, ainda que não haja testamento, se houver possibilidade de existência de uma prole póstuma, o direito à herança deve ser preservado, sob pena de ser pleiteado por petição de herança (CARVALHO, 2011, p. 14). Apesar de terem explorado essa ideia com muitos argumentos elucidativos, há doutrinadores que discordam desse ponto de vista, a exemplo do que será destacado a seguir.

Eduardo de Oliveira Leite, por sua vez, afirma que a matéria referente à reprodução homóloga necessita sujeitar-se a lapso temporal, "sob risco de se fomentarem situações indesejadas de indefinição". Ademais, o autor não é favorável à inseminação *post mortem*, enquanto não houver legislação específica sobre o tema, pois se refere a uma situação anômala, tanto no

reconhecimento da filiação, como no direito das sucessões. Sem a previsão normativa, "não há que se cogitar a possibilidade de eventuais direitos sucessórios" (LEITE, 2009, p. 137-142).

Para Silvio Venosa, no ordenamento jurídico brasileiro, a verificação de quem tem capacidade para suceder, ou seja, "tornar-se herdeiro ou legatário numa determinada herança", é realizada no momento da morte. Ademais, é a lei que estabelece a ordem de vocação hereditária, sendo que os descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, esse último apenas em casos específicos, são os primeiros legitimados a suceder (VENOSA, 2014, p. 55-56).

A ordem de vocação hereditária está prevista no artigo 1.829 do Código Civil de 2002, cabe lembrar, para dirimir eventuais dúvidas, o teor do referido artigo:

> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Como se pode depreender da leitura do referido artigo, a primeira classe a ser chamada na ordem de vocação hereditária é a dos descendentes. Conforme a lição de Eduardo Leite, os descendentes estão em primeiro lugar porque "pela juventude e inexperiência de vida, são os que mais precisam de auxílio financeiro para se encaminhar na vida". A hierarquia prevista no atual Código Civil, "remonta ao antigo direito romano e, certamente, não tinha as características como hoje se revela no mundo jurídico" (LEITE, 2009. p. 261-265).

Seguindo seu raciocínio, o autor afirma:

> Em segundo lugar, os ascendentes, partindo-se da premissa que, em sendo mais velhos, já tiveram oportunidade de organizar sua vida econômica de modo que estão habilitados a enfrentar as eventuais dificuldades decorrentes da velhice. O cônjuge supérstite, agora sobrevivente, em terceiro lugar, porque na qualidade de meeiro (em 1916 o regime legal de bens no Brasil era a comunhão universal, de sorte que, aberta a sucessão, o sobrevivente já tinha, *ab initio*, garantida a sua meação), estava plenamente garantido em relação ao patrimônio amealhado no transcorrer da sociedade conjugal; e, finalmente, os colaterais (hoje, até o quarto grau), porque é raro que o sentimento de unidade da família se alargue além do quarto grau de parentesco (LEITE, 2009, p. 266).

Concernente aos direitos sucessórios, o artigo 1.597, III, possui diversas interpretações; e, sob esse viés, é possível dizer que se reveste de extrema relevância analisar todas as implicações atinentes ao tema, pois, do contrário, corre-se o risco de defender o entendimento minoritário e que, sem sombra de dúvidas, dará ensejo a muitos dissensos. Por conta disso, Farias e Rosenvald o analisam em conjunto com o artigo 1.798 do Código Civil, que determina que somente as pessoas já nascidas ou concebidas à época da abertura da sucessão terão legitimidade para suceder (FARIAS e ROSENVALD 2015, p. 577).

O entendimento dos autores, que não é unânime entre os demais doutrinadores, é que se já havia a concepção laboratorial, quando do falecimento do genitor, então o filho terá legitimidade para suceder. Nessa senda, os autores não diferenciam a concepção laboratorial da concepção

uterina. Todavia, se o sêmen estiver apenas congelado, sem que tenha ocorrido a concepção laboratorial, a criança perde o direito sucessório (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 577).

Venosa, por sua vez, tem um ponto de vista totalmente oposto aos doutrinadores citados acima, pois o autor é enfático ao afirmar que o embrião e o nascituro são distintos, logo, não possuem os mesmos direitos sucessórios:

> A condição do nascituro é peculiar. O já concebido poderá vir a ser sujeito de direitos no futuro. Tem um direito eventual enquanto não nascido, já protegido pelo direito (o que distingue o direito eventual da mera expectativa de direito). Os direitos do nascituro só ganharão forma com seu nascimento com vida. A situação do nascituro, pois, traça uma forma de exceção à regra da existência da pessoa quando da morte, para que isso possibilite uma sucessão em razão da morte. Não se identifica a posição de nascituro com embrião [...] (VENOSA, 2014, p. 57).

Corroborando o entendimento de Venosa, Paulo Lôbo é totalmente contra a corrente doutrinária que entende que a concepção pode ocorrer fora do corpo da mulher. Para ele, isso é indefensável, tendo em vista que há a possibilidade de "armazenamento de embriões descartados quando da inseminação artificial, e que não serão aproveitados em outra, por desinteresse ulterior do casal em ter outros filhos". Nessa senda, ele afirma que os direitos potenciais do nascituro incidem a partir do momento da concepção, pois para o doutrinador, "dá-se a concepção quando se efetiva no aparelho reprodutor da mãe, ainda que o embrião tenha resultado de manipulação em laboratório (*in vitro*)" (LÔBO, 2011, p.222).

Ana Clemente afirma que o problema envolvendo a reprodução *post mortem* poderia ser evitado se os genitores informassem qual o destino que gostariam de dar ao material genético, no caso de criopreservação:

> Para evitar tais problemas, a clínica responsável pelo armazenamento do material deve assinar um contrato de criopreservação e armazenamento do sêmen contendo cláusulas que possam dirimir quaisquer dúvidas futuras. No documento deve constar o número de amostras que foram coletadas e armazenadas, bem como o que deverá ser feito com o material em caso de falecimento, separação e outras situações não previstas à época do congelamento. O paciente deve estar ciente de que a clínica não é proprietária do material e ele pode dispor do mesmo a qualquer tempo, inclusive descarta-lo, se lhe for conveniente (CLEMENTE, 2006, p.33).

Berenice Dias reconhece que existe incerteza quanto à natureza jurídica do embrião, "isto é, se o embrião ainda não implantado, chamado de pré-implantório, tem direito de personalidade e direito à sucessão". Nessa senda, ela afirma que, mesmo que não tenha sido concretizada a concepção antes da morte do genitor, "o filho terá direito sucessório na hipótese de ter o genitor expressamente manifestado seu consentimento para que a fertilização pudesse ocorrer depois de sua morte". Ademais, ela não descarta a possibilidade "de o filho fruto de uma reprodução assistida, quer homóloga, quer heteróloga, mesmo não concebido, ser contemplado mediante testamento (CC 1.799)", todavia, deverá nascer dentro do prazo de dois anos, após a abertura da sucessão (DIAS, 2011, p.368-369).

Para Berenice Dias, mister haver o prévio consentimento do homem concernente ao destino do sêmen criopreservado, sendo vedada a presunção da anuência para utilização após a sua morte. Concernente aos direitos sucessórios, necessário atentar aos artigos 1.784 e 1.787 do Código Civil, pois eles tratam sobre o momento em que deve ocorrer a transmissão da herança e sobre a lei que deverá regular a sucessão e a legitimação para suceder (DIAS, 2011, p.368).

Tendo em vista que o art. 1.597, III, fala apenas sobre a presunção de paternidade do filho póstumo, Farias e Roselvad concluem que "uma pessoa será filha de um homem já morto, mas não será seu herdeiro legítimo". De toda sorte, os autores não desconsideram a possibilidade de a criança ser beneficiada por testamento, devendo-se observar a regra do 1.800, §4º do Código Civil, ou seja, o filho deverá ser concebido no prazo de dois anos, a contar da data do óbito, "sob pena de caducidade da disposição testamentária" (FARIAS e ROSENVALD, 2015, p. 577-578).

Nesse mesmo sentido, Silvio Venosa aduz que não existe desigualdade entre a prole oriunda de inseminação artificial homóloga, no que tange ao reconhecimento da filiação. Todavia, "os filhos concebidos *post mortem*, sob qualquer técnica, não serão herdeiros", com base no artigo 1.799 do C.C. No entendimento do autor, excepcionalmente, o filho póstumo poderá ser legatário, caso nasça até o término do prazo previsto no artigo 1.800, § 4º do C.C (VENOSA, 2013, p. 246). Sendo assim:

> O atual código abre uma válvula restrita para essa hipótese, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamados a suceder o filho esperado de pessoa indicada, mas não concebido, aguardando-se até dois anos sua concepção e nascimento após a abertura da sucessão, com reserva de bens da herança (arts. 1.799, I, e 1.800) (VENOSA, 2013, p. 246-247).

Em sua obra sobre direito das sucessões, Venosa complementa o seu entendimento, afirmando que, havendo possibilidade de nascimento de sucessores ainda não concebidos, "os bens da herança serão confiados, após a partilha, a curador nomeado pelo juiz". O bebê deverá nascer em dois anos, a contar da data da abertura da sucessão, caso contrário, "os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos", exceto se o testador tiver disposto em outro sentido. Venosa aduz que "essa questão prende-se diretamente às inseminações artificiais e fertilização assistida em geral, quando seres humanos podem ser gerados após a mortes dos pais" (VENOSA, 2014, p. 56).

No Brasil, o Projeto de Lei 115/2015 visa regular a reprodução assistida, nele há o estabelecimento dos direitos patrimoniais e pessoais daqueles que nascem com o uso das técnicas de reprodução humana assistida. Concernente à reprodução *post mortem*, o referido PL possui as seguintes previsões: Inicialmente, põe fim às discussões relativas ao prazo para o exercício do direito sucessório do descendente, garantindo que o filho póstumo receba a herança, "caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado"; ademais, se por venturara houver material genético congelado de quem autorizou a utilização após a sua morte, "será aberta sucessão provisória ou condicional até que transcorra o prazo de 3 anos ou que, dentro desse período, se constate a gravidez do descendente biológico da pessoa falecida"; também há a previsão de que após o decurso desse prazo ou do nascimento do filho póstumo, a sucessão passa a ser definitiva;

por fim, resguarda o direito de petição de herança, nos termos do Código Civil (Projeto de Lei da Câmara n° 115, de 2015).

Conclui-se que, em decorrência da atual omissão legislativa, os doutrinadores possuem entendimentos divergentes: "Há aqueles que não admitem o direito de sucessão, outros somente se ocorrer através de testamento em benefício de prole eventual" (desde que respeite o prazo de dois anos da abertura da sucessão) e para outros, a sucessão sempre será permitida, com base no princípio constitucional da isonomia (PRADO, 2013, p. 6-11).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o início do estudo, percebe-se que a estrutura da família passou por diversas transformações ao longo do tempo e que, no ordenamento jurídico brasileiro atual, o planejamento familiar cabe aos genitores, isto é, são eles que decidem quantos filhos terão, cabendo ao Estado propiciar os recursos e o auxílio para o exercício desse direito.

Todavia, para aqueles que não podem procriar, devido a alguma patologia, há a possibilidade de recorrer às técnicas de reprodução humana. O presente trabalho versou sobre a inseminação homóloga, que é aquela que ocorre apenas com o material genético dos cônjuges ou companheiros.

Verificou-se que o sêmen, óvulo ou o embrião podem ficar congelados por um longo período e que se um dos genitores falecer antes da concepção ser realizada no útero materno, o cônjuge sobrevivente poderá utilizar o material genético do *de cujus*, a fim de dar continuidade ao sonho de ter um filho. Porém, para que a gestação seja realizada é necessário que haja o consentimento do falecido, isso é o que determina o Conselho Federal de Medicina, único órgão a tratar juridicamente sobre o tema.

Alguns doutrinadores dizem que o consentimento precisa ser expresso, mas, após análise do primeiro caso concreto que chegou ao judiciário brasileiro, viu-se que o magistrado entendeu não ser necessário ter a anuência expressa e, em decisão inédita, supriu judicialmente o consentimento do genitor falecido. Ressalta-se que foram juntadas aos autos diversas provas atestando que o homem tinha intenção de ter o filho, todavia não teve tempo de se manifestar sobre a inseminação póstuma.

Concernente ao reconhecimento do vinculo de filiação da criança oriunda de inseminação homóloga póstuma, destaca-se que a Constituição Federal garante direitos iguais a todos os filhos, ademais, o Código Civil afirma que são filhos do casal aqueles: "havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido"; bem como os "havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga".

Muito embora haja a presunção de filiação, verifica-se que no inciso III não há regulamentação temporal e muito menos há observância quanto à necessidade de autorização prévia do genitor falecido. Salienta-se que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 115/2015, o qual visa permitir que o material genético seja utilizado a qualquer tempo, todavia, o doador deve expressar o seu desejo quanto à possibilidade de utilização do seu gameta após a sua morte e sobre quem será o destinatário do material.

Sobre os direitos sucessórios, o filho concebido após a morte do seu genitor encontra certas dificuldades jurídicas. Isso ocorre porque não existe um prazo para que ocorra a concepção no útero. Sem previsão para o nascimento do nascituro, viu-se que alguns doutrinadores entendem que a criança somente poderá ser beneficiada através de testamento, outros entendem que ela não terá direito à suceder e por fim, há aqueles que entendem que sucessão sempre será permitida, com base no principio da isonomia.

Se o PL 115/2015 for aprovado, a discussão terá fim, pois o legislador pretende garantir o direito sucessório do descendente, para isso, a gravidez deverá ocorrer no prazo de 3 anos após a abertura da sucessão.

Outra questão relevante que foi abordada no decorrer do trabalho versa sobre a natureza jurídica do embrião criopreservado. O dilema surge quando os doutrinadores são questionados sobre o inicio da vida e da personalidade humana. Seria possível atribuir personalidade jurídica ao embrião criopreservado, tal qual ao nascituro?

Para responder esse questionamento, foi preciso conceituar a personalidade jurídica e definir o momento em que ela inicia, onde constatou-se que é a personalidade jurídica que torna o homem um sujeito de direito, que pode contrair obrigações e ser possuidor de direitos, mas, quanto ao seu marco inicial, teve-se que analisar o artigo 2° do código civil.

De todas as teorias que explicam o início da personalidade humana, verificou-se que o Brasil adota a teoria natalista, prevista no art. 2° do C.C, ou seja, a personalidade jurídica do ser humano inicia somente após o nascimento com vida. No que se refere à comparação do embrião criopreservado, constatou-se que a doutrina majoritária afirma que ele tem a mesma natureza do nascituro, contudo está longe de chegar a um consenso.

Tomando como base toda pesquisa realizada neste trabalho, chega-se à conclusão de que os desentendimentos doutrinários e jurisprudenciais existentes acerca da reprodução humana por inseminação artificial homóloga *post mortem* seriam solucionados com mais facilidade se não houvesse uma lacuna legislativa concernente à sua aplicação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.121/2015,** de 24 de setembro de 2015. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>. Acesso em: 31 maio. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 03 jun. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 4 jun. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 03 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Processo nº 0027862-73.2010.8.16.0001**, Juiz de Direito Alexandre Gomes Goncalves. Foro Central – 13ª Vara Cível, Curitiba. Ação de Obrigação de Fazer. Data do julgamento: 06 mar. 2012. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/sentenca-digital>. Acesso em: 13 nov. 2016.

CARVALHO, Dias Daniel de; CARVALHO, Dias Messias de. **Direito das Sucessões***:* Inventário e partilha. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CLEMENTE, Ana Paula Pacheco. Reprodução humana medicamente assistida. In: CLEMENTE, Ana Paula Pacheco (Org).. **Bioética no início da vida:** dilemas pensados de forma transdisciplinar. Petrópolis: Vozes, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Enunciado aprovado I Jornada de Direito Civil, de 12 a 13 set de 2002. Disponível em <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil***:* Famílias. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, Juscelino Rezende. **Projeto de Lei da Câmara n° 115, de 2015**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>. Acesso em: 9 nov. 2016.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **FILIAÇÃO**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões: Introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord).. **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Delrey, 2007.

KANIAK, Thais. Mulher comemora dois anos da filha gerada com sêmen do marido morto. **G1**, Paraná, 8 jul. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/07/mulher-comemora-dois-anos-da-filha-gerada-com-semen-do-marido-morto.html>. Acesso em 13 nov. 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil***:* do direito das sucessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PRADO. Maira Neiva. **Revista Brasileira de direito das famílias e sucessões:** Reprodução Humana Assistida Homóloga *Post Mortem* e o Direito à Filiação e Sucessão, Belo Horizonte, n. 32, fev/mar 2013.

ROLF, Madaleno. **Curso de Direito de Família.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 7.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 6.

A ADOÇÃO UNILATERAL COMO EFETIVA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Tanise Carina Peteffi[1]
Valéria Koch Barbosa[2]

INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre Direito das Famílias, especificamente sobre a adoção unilateral e a proteção que ela traz para o adotando. O tema assume crescente relevância nas discussões jurídicas diante do entendimento de que não basta a ajuda financeira para evidenciar o exercício do poder familiar, é necessário que o genitor seja presente na vida criança, desenvolvendo o verdadeiro papel de pai. Assim, muitas já são as decisões que se referem à "desbiologização" da paternidade, cada vez mais sustentada pelo amor e pelo afeto. Todavia, a problemática reside no fato de que a adoção unilateral somente é possível se não constar, no registro de nascimento, o nome do genitor, ou se houver consentimento do pai registrado, ou ainda na hipótese de este perder o poder familiar. Em muitos casos, o pai biológico paga alimentos, mas não assume o seu verdadeiro papel, não tem nenhum tipo de convivência com o menor. Neste contexto, sobressai a dificuldade de reconhecer o abandono por parte do genitor biológico, a fim de extinguir o poder familiar, pois apenas o pagamento de alimentos não afasta o abandono, já que, além da assistência material, o afeto, o carinho e o amor são essenciais ao desenvolvimento biopsicossocial dos filhos.

Para discutir tal problemática, em um primeiro momento, apresenta-se a conceituação da adoção e, mais especificamente, da adoção unilateral, trazendo-se também uma contextualização acerca do amparo jurídico do instituto no ordenamento brasileiro. São apresentados, ainda, os requisitos necessários para a adoção, como, por exemplo, idade mínima, estágio de convivência, entre outros. Posteriormente, estão elencados alguns dos princípios relacionados à proteção do menor, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, o princípio do melhor interesse e o da solidariedade, todos eles de extrema importância como garantidores do adequado desenvolvimento da criança e do adolescente. Mesmo que muitos dos princípios não possuam expressa previsão legal, são reconhecidos de forma implícita no texto da lei pátria e têm sido utilizados como fundamentação para muitas decisões judiciais. Em seguida, expõe-se a importância do afeto e da convivência familiar para a criança e o adolescente, elementos nos quais a adoção unilateral se baseia. Por fim, demonstra-se que a adoção unilateral atende aos princípios de proteção do menor[3], trazendo vários benefícios ao adotando, pois, nos dias de hoje, são inúmeras as crianças que sofrem com a desatenção, a ausência, o descaso, a omissão ou a falta de amor, geralmente, por parte do genitor. Em muitas situações, o amor, o carinho e a atenção partem do padrasto ou da madrasta, que supre essa

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: tpeteffi@gmail.com.
[2] Mestra em Qualidade Ambiental pela Universidade Feevale. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: valeriakb@feevale.br.
[3] Neste texto, usa-se a expressão "menor" ou "criança" como referência tanto a crianças quanto a adolescentes.

negligência. Nesse contexto, é imperioso considerar que muitas famílias brasileiras se compõem de forma diversificada, unindo filhos de uma união com cônjuges de outra, os quais acabam vivenciando vínculos de afetividade e afinidade. Em muitos casos, a criança já reconhece o padrasto como pai ou a madrasta como mãe, pois foi com ele/ela que teve contato e afeto desde o início da vida; muitas vezes, desconhece o paradeiro da mãe ou do pai biológico ou sequer tem o nome do/a genitor/a em sua certidão de nascimento. Assim, a adoção unilateral busca oficializar a relação socioafetiva a fim de atender aos princípios de proteção à criança e lhe conceder direitos de filho. Além disso, cada vez mais o afeto é considerado o elo principal a unir as famílias, razão pela qual passou a ter valor jurídico. Hoje, a família caracteriza-se pelas relações de afeto que são instituídas, deixando-se de lado a excessiva valorização dos aspectos biológicos.

Para abordar o tema que ora se discute, este estudo é uma pesquisa exploratória, que contempla uma revisão bibliográfica tanto na legislação e na doutrina, como em alguns entendimentos jurisprudenciais, uma vez que, de forma crescente, os julgadores têm concedido a adoção unilateral, reconhecendo, portanto, a importância do afeto e da convivência familiar.

ADOÇÃO

Nesta seção, apresentam-se, de forma sucinta, alguns aspectos básicos relativos ao instituto da adoção, como o seu conceito e os requisitos para adotar consoante a legislação pátria.

CONCEITO DE ADOÇÃO

A adoção é o vínculo que se cria entre duas pessoas, adotante e adotado, com o fito da proteção deste. Essa relação é de caráter civil de paternidade ou maternidade (MEDEIROS, 1997). No decorrer dos últimos anos, a adoção deixou de ser uma forma de dar filhos a quem não pode tê-los naturalmente. É como descreve João Seabra Diniz (1991, p. 67):

> A adoção, hoje, não consiste em dar filhos para aqueles que por motivos de infertilidades não os podem conceber, ou por 'ter pena' de uma criança, ou ainda, alívio para a solidão. O objetivo da adoção é cumprir plenamente às reais necessidades da criança, proporcionando-lhe uma família, onde ela se sinta acolhida, protegida, segura e amada.

Analisando o instituto da adoção, Orlando Gomes (2002, p. 369) assevera que "[...] é o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente do fato natural da procriação, o vínculo de filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco [...]". A adoção cria o vínculo de parentesco civil, dando ao adotado a condição de filho e suprimindo qualquer vínculo com os pais de sangue. Assim, condição de filho será definitiva e irrevogável (DINIZ, 2013).

Já no que diz respeito especificamente à adoção unilateral, há a substituição da filiação apenas em relação ao pai ou à mãe (GUMARÃES, 2000). Segundo Sílvio de Salvo Venosa, é uma forma de harmonização para a família: "A lei busca situação de identidade dessa filiação adotiva com a filiação biológica, harmonizando o estado do adotado para o casal. Como notamos, a lei

permite que, com a adoção, o padrasto ou a madrasta assuma a condição de pai ou mãe" (2012, p. 291).

Para Granato (2010), trata-se de uma inovação trazida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), almejando o legislador que a criança registrada apenas pela mãe pudesse ter também um pai, porém, não tendo delimitado esse propósito, concedeu a possibilidade de que uma mulher divorciada e com filhos permita a adoção destes pelo marido do novo casamento, sendo necessário, todavia, o consentimento do pai biológico.

A peculiaridade da adoção unilateral está no fato de que a substituição se dá apenas na linha paterna ou na materna. Conforme o artigo 21 do ECA[4], o cônjuge ou companheiro do adotante não perde o poder familiar, exercendo-o em compatibilidade com o outro (CURY; MARÇURA; PAULA, 2000, p. 52). Nesse sentido, ressalva José de Farias Tavares (1995, p. 43):

> O adotado permanece com os vínculos da família do pai ou da mãe consanguíneos e demais parentes. Por outro lado, vincula-se ao pai ou mãe adotante e seus parentes, nessa outra linha, por força da adoção constituindo-se assim o outro ramo de sua família, que desse modo se completa.

São três as hipóteses em que pode ocorrer a adoção unilateral: a primeira hipótese é quando, na Certidão de Nascimento da criança, só constar o nome da mãe ou do pai biológico ou adotivo, podendo, assim, o cônjuge ou, ainda, o companheiro ou a companheira do (a) genitor (a) solicitar a adoção, que dependerá tão somente do consentimento do genitor cujo patronímico já consta no registro. Se o adotado tiver idade igual ou superior a doze anos, dependerá também de sua concordância pessoal, conforme artigo 45, § 2° do ECA, além da necessidade de ser demonstrada a importância da adoção para o adotado, como previsto no artigo 43 do ECA. A segunda possibilidade é quando há o registro de ambos os pais, dessa forma, a adoção dependerá da perda do poder familiar por um dos ascendentes, conforme previsto nos artigos 22 e 24 da Lei nº 8.069/1990 e nos artigos 1.634[5], 1.635, V[6], e 1.638[7] do Código Civil, devendo-se sempre ter em

---

[4] "Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência".

[5] "Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:
I - dirigir-lhes a criação e a educação;
II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição".

[6] "Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
[...]
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638".

[7] "Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

mente que o que prevalece são os superiores interesses do adotando. A terceira hipótese prevê a morte como condição de extinção do poder familiar (art. 1635, I, do Código Civil), sendo o bastante, nesse caso, para a adoção unilateral pelo novo cônjuge ou companheiro, juntamente com a concordância do genitor supérstite e do consentimento do infante, se já tiver doze anos de idade ou mais (CHINELATO, 2004).

Apresentadas essas sucintas noções conceituais relevantes para a abordagem do tema ora em tela, na seção que segue, trata-se da proteção legal dada pelo ordenamento jurídico brasileiro ao instituto da adoção.

O AMPARO JURÍDICO DA ADOÇÃO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Foi o Código Civil de 1916 que introduziu o instituto da adoção no sistema jurídico brasileiro. A redação inicial estabelecia que os maiores de 50 anos que não tivessem filhos de sangue tinham a possibilidade de adotar, devendo ter 18 anos de diferença do adotando. Era obrigatório o consentimento dos pais ou do tutor, ou ainda do próprio adotando, no caso de ser maior ou emancipado (PEREIRA, 2003). O Código Civil de 1916 baseou-se nos princípios romanos para tratar da adoção como instituição designada a proporcionar o seguimento da família, dando aos casais estéreis os filhos que não conseguiram ter naturalmente (GONÇALVES, 2013). Era permitida a adoção somente para quem não tivesse descendência legítima ou legitimada (MEDEIROS, 1997). A adoção visava à pessoa dos adotantes, ficando o adotando para "segundo plano"; tratava-se da adoção como destinada a dar filhos àqueles que não tinham e não podiam tê-los, o que já não é admitido nos dias de hoje (VENOSA, 2012).

A Lei nº 3.133/57 representa um marco histórico para o instituto da adoção no Direito pátrio. Aboliu o requisito da ausência de prole para permitir a adoção e diminuiu a idade mínima do adotante (VENOSA, 2012). Essa lei inovou a adoção no Código Civil, notadamente quanto à idade do adotante, passando a ser para maiores de 30 anos, e a diferença de idade entre adotante e adotado passou a ser de 16 anos de idade. Também incluiu exigências, como a de cinco anos de matrimônio, sendo casado o adotante, e o consentimento do adotado ou de seu representante legal (ALBEGARIA, 1990). A adoção fazia-se por escritura pública, o novo parentesco limitava-se apenas ao adotante e ao adotado, consequentemente, o adotado era excluído dos direitos sucessórios caso o adotante possuísse filhos legítimos, legitimados ou mesmo reconhecidos. Apenas o poder familiar se transferia ao pai adotivo, eram mantidos os direitos e os deveres resultantes do parentesco consanguíneo (PEREIRA, 2003).

A Lei nº 4.655, de 02.06.1965, trouxe uma importante evolução no instituto da adoção, praticamente igualando o filho adotivo, em direitos e garantias, ao filho natural. Foi criada a legitimação adotiva, atribuindo ao adotado os mesmos direitos e os deveres declarados ao filho

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente".

legítimo, porém, em razão do excesso de formalismo para o reconhecimento, não houve efetiva solução prática (RIZZARDO, 2011).

O Código de Menores, Lei nº 6.697/79, revogou a Lei nº 4.655/65, sem revogar a adoção simples prevista no Código Civil, passando então a vigorar a adoção plena na forma da legitimação adotiva e a adoção simples pelo Código Civil e pelos artigos 27[8] e 28[9] do Código de Menores (PEREIRA, 2003). Carlos Roberto Gonçalves explica a diferença entre a adoção simples e a adoção plena com as seguintes palavras:

> Ao lado da forma tradicional do Código Civil, denominada 'adoção simples', passou a existir, com o advento do mencionado Código de Menores de 1979, a 'adoção plena', mais abrangente, mas aplicável somente ao menor em 'situação irregular'. Enquanto a primeira dava a origem a um parentesco civil somente entre adotante e adotado sem desvincular o último da sua família de sangue, era revogável pela vontade das partes e não extinguia os direitos e deveres resultantes do parentesco natural, como foi dito, a adoção plena, ao contrário, possibilitava que o adotado ingressasse na família do adotante como se fosse filho de sangue, modificando-se o seu assento de nascimento para esse fim, de modo a apagar o anterior parentesco com a família natural (GONÇALVES, 2013, p. 383).

Uma das maiores modificações trazidas pela Constituição Federal de 1988 foi quanto à natureza da adoção, pois, anteriormente, consoante o Código Civil e o Código de Menores, a adoção era simples, contratual ou plena, sendo irrevogável e concedida apenas aos menores de sete anos, salvo se já estivessem em convivência dos adotantes. Pela legislação constitucional, a adoção é sempre plena, irrevogável e efetivada com a assistência do Poder Público, incluindo crianças e adolescente até 18 anos (RODRIGUES, 1994).

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 227, § 6º[10], passou a admitir a adoção por quem tenha filhos e igualaram-se os direitos e os deveres dos filhos adotivos, inclusive aqueles que englobam a sucessão hereditária. Com isso, abandonou-se a ideia conservadora dos artigos 377[11] e 1.605, § 2º[12], do CC, ou do artigo 37[13] do Código de Menores, superando as controvérsias neles trazidas. Dessa forma, os filhos adotivos, sejam de adoção simples ou plena, sejam anteriores ou

---

[8] "Art. 27. A adoção simples de menor em situação irregular reger-se-á pela lei civil, observado o disposto neste Código".

[9] "Art. 28. A adoção simples dependerá de autorização judicial, devendo o interessado indicar, no requerimento, os apelidos de família que usará o adotado, os quais, se deferido o pedido, constarão do alvará e da escritura, para averbação no registro de nascimento do menor".

[10] "Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

§ 6º 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".

[11] "Art. 377. A adoção produzirá os seus efeitos ainda que sobrevenham filhos ao adotante, salvo se, pelo fato do nascimento, ficar provado que o filho estava concebido no momento da adoção".

[12] "Art. 1.605. Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.

[...]

§ 2º Ao filho adotivo, se concorrer com legítimos, supervenientes a adoção (art. 368), tocará somente metade da herança cabível a cada um destes".

[13] "Art. 37. A adoção plena é irrevogável, ainda que aos adotantes venham a nascer filhos, as quais estão equiparados os adotados, com os mesmos direitos e deveres".

posteriores ao filho consanguíneo, têm os mesmos direitos sucessórios a estes concedidos (WALD, 1998).

A adoção deixou de ser contratual e de ser realizada por escritura pública, por rigor constitucional, passou a ser exigida a participação do Poder Público, por intermédio do Judiciário, que, depois de examinar minuciosamente o pedido, pronuncia a decisão judicial; posteriormente, é feita a inscrição no registro civil das pessoas naturais, mediante o mandado judicial. A atribuição do Poder Público não é uma intervenção, uma vez que não compete ao Poder Público intervir na vontade das pessoas, mas é participação e assistência para que todos os princípios constitucionais sejam preservados e respeitados, sempre visando ao melhor interesse da criança ou do adolescente (LOPES, 2008).

Após o advento da Carta Magna de 1988, o Brasil ratificou, em 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança. Surgiu, então, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, podendo-se afirmar que o compromisso internacional inspirou e embasou a norma nacional no momento de sua elaboração, que, por sua vez, tornou-se um marco jurídico e modelo para os países da América Latina e do Caribe (LOPES, 2008).

No Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), a adoção assumiu uma importância e uma extensão mais profundas ao permitir uma proteção ao menor cada vez mais eficiente, como expôs no seu artigo 1º (KAUSS, 1993). O Estatuto revogou expressamente o Código de Menores e revogou também as disposições do Código Civil atinentes à adoção de menores, a qual passou a se submeter às regras do Estatuto, ao passo que a adoção de maiores continuou a ser prevista pelo Código Civil (WALD, 1998).

Uma importante possibilidade trazida pelo ECA foi a previsão da adoção unilateral, que se caracteriza pela substituição da filiação apenas na linha paterna ou materna, assim, conforme o artigo 21 do ECA[14], o cônjuge ou companheiro do adotante não perde o poder familiar, exercendo-o em conformidade com o outro (CURY, MARÇURA, PAULA, 2000). A adoção unilateral está prevista no artigo 41, § 1º, do ECA[15] e possibilita que o cônjuge ou o companheiro[16] possa adotar o filho do consorte. A previsão tem o objetivo de fixar a identidade da filiação adotiva com a filiação biológica; permite que, com a adoção, o padrasto ou a madrasta adquira a condição de pai ou mãe (VENOSA, 2012).

A nova composição trazida pela Lei da Adoção no artigo 1.618 determina que a adoção de crianças e adolescentes será regulada pelo ECA (Lei nº 8.069/90). Do mesmo modo, o artigo 1.619 estabelece que a adoção de maiores dependerá de intervenção do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, quando possível, o ECA (VENOSA, 2012).

---

[14] "Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência".

[15] "Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes."

[16] Usam-se as expressões no masculino, mas é importante lembrar que também pode ser a cônjuge virago ou a companheira.

A Lei nº 12.010, denominada como Lei da Adoção, modificou e aprimorou vários dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou os artigos 1.620[17] a 1.629[18] do Código Civil, que se referiam à adoção em uma inútil sobreposição de dispositivos de lei, então revogou os §§ 1º e 3º do artigo 392-A da CLT, para determinar que a mulher que trabalha em regime da CLT terá o direito de adotar crianças, não importando a idade, e que a licença-maternidade será sempre de cento e vinte dias; ainda incluiu os §§ 5º e 6º do artigo 2º[19] e o artigo 2º-A[20], parágrafo único, na Lei nº 8.560/1992. O objetivo da nova Lei da Adoção foi aprimorar e priorizar o acolhimento e a manutenção da criança e do adolescente em seu núcleo familiar, com sua família natural, desde que isso seja o melhor para a criança, assim, a adoção ou a colocação da criança em família substituta só será deferida de forma excepcional. Essa ideia está expressa no artigo 19 do ECA ao definir que "toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta" (MADALENO, 2015).

A Lei Nacional da Adoção estipulou prazos com o intuito de dar mais rapidez aos processos de adoção, gerou um cadastro nacional para auxiliar o encontro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados por pessoas incluídas nesse cadastro, também limitou em dois anos a permanência de criança e adolescente em abrigos, podendo ser prorrogáveis caso seja necessário (GONÇALVES, 2013).

Assim, desde a promulgação da Constituição Federal, após, com a publicação do ECA e, ainda, com a promulgação da Lei nº 12.010/2009, o objetivo maior passou a ser proteger a criança ou o adolescente e inseri-los em uma família que atenda aos seus interesses, desaparecendo as previsões legais de discriminação quanto ao filho adotado, de modo que o afeto e a convivência passaram ser os elementos mais importantes no instituto da adoção (MADALENO, 2015).

REQUISITOS PARA ADOÇÃO

Quando se faz referência ao instituto da adoção, é preciso destacar que ela exige alguns requisitos, tanto subjetivos quanto objetivos, a saber:

---

[17] "Art. 1.620. Enquanto não der contas de sua administração e não saldar o débito, não poderá o tutor ou o curador adotar o pupilo ou o curatelado".

[18] "Art. 1.629. A adoção por estrangeiro obedecerá aos casos e condições que forem estabelecidos em lei."

[19] "Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

[...]

§ 5º Nas hipóteses previstas no § 4º deste artigo, é dispensável o ajuizamento de ação de investigação de paternidade pelo Ministério Público se, após o não comparecimento ou a recusa do suposto pai em assumir a paternidade a ele atribuída, a criança for encaminhada para adoção.

§ 6º A iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade".

[20] "Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos".

> A adoção tem como requisitos subjetivos: a) a idoneidade do adotando; b) a manifestação vontade de exercer efetivo vínculo de filiação; c) resultar em reais vantagens para o adotando (ECA, art. 43). Como requisitos subjetivos são elencados: a) a idade mínima de 18 anos (ECA, art. 42); b) o consentimento dos pais e do adotando, que será dispensado no caso de os pais serem desconhecidos ou destituídos do poder familiar e, se o adotando contar com 12 anos completos, deverá manifestar sua concordância com a adoção (ECA, art. 45,§ 2º); c) a realização de estágio de convivência; d) e o prévio cadastramento, dispensada a realização do estágio de convivência na hipótese do § 1º do artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente (MADALENO, 2015, p. 680).

Um dos requisitos é o consentimento dos pais ou do representante legal, a fim de que sejam rompidos quaisquer laços do adotando com a família consanguínea, assim, os pais ou o representante legal devem manifestar o consentimento para a realização do ato, nos termos do artigo 45 do ECA (GRANATO, 2010). A esse respeito, destaca Giovane Serra Azul Guimarães (2000, p. 37): "Ao se referir aos representantes legais, como alternativa aos pais para anuírem ao pedido, o que a lei estabelece é que, sendo os pais falecidos, desconhecidos ou que tenham sido destituídos do pátrio poder, a anuência deverá ser dada pelo representante legal, se houver".

O termo "desconhecido" não se caracteriza somente pela falta de endereço, mas quando não se sabe o nome dos pais, pois não é encontrado registro de nascimento e não existem informações sobre o paradeiro deles (RIZZARDO, 2011).

A imposição legal para a perda do poder familiar se dá somente por um procedimento em que se autoriza o contraditório, sendo, depois, judicialmente decretada a perda do poder familiar. Esse procedimento está previsto nos artigos 155 a 163 do ECA (GRANATO, 2010).

No § 2º do artigo 45 do ECA, está prevista a obrigatoriedade do consentimento do adotando, se tiver 12 anos ou mais, sendo de extrema importância a sua prévia oitiva e a manifestação expressa para a apuração da presença de sintonia e reciprocidade com o adotante, o que é indispensável para possibilitar a convivência. Mesmo que evidente a falta de amadurecimento do adotando, este já tem capacidade para discernir o que lhe convém e capacidade para expressar os sentimentos pessoais e as preferências (RIZZARDO, 2011).

Ainda sobre os requisitos, o ECA estabelece que só os maiores de dezoito anos podem adotar, não importando o seu estado civil, porém, ocorrendo a adoção por casal, cada um dos adotantes cônjuges ou companheiros deverá ser pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotando. O ECA, ao permitir que com dezoito anos se possa adotar, mostra-se coerente no que diz respeito a atingir a maioridade civil, desse modo, permite que um adulto com dezoito anos de idade tenha direito de adotar, desde que haja uma diferença de dezesseis anos de idade entre ele e o adotando (MADALENO, 2015). Essa exigência de diferença de idade entre adotante e adotado tem o objetivo de igualar a adoção a uma real relação parental, chegando o mais próximo possível da natureza, sendo essencial que exista um vínculo de ascendente e filho. Tal hierarquia deve existir a fim de que haja experiência e maturidade suficiente para criar e educar social e efetivamente um filho (MADALENO, 2015).

Dispõe o artigo 43 do ECA que a adoção será deferida apenas quando apresentar real vantagem ao adotando e fundar-se em motivos legítimos. Para a constatação das vantagens da adoção, terá de ser realizado um estudo da personalidade dos adotantes, do ambiente familiar, das

condições econômicas e, se possível, que seja traçada uma análise do perfil do adotando e uma previsão de adaptação entre ele e os adotantes no contexto psicossocial (JORGE, 2011).

Após ser realizada uma avaliação dos adotantes e do ambiente familiar, o juiz estabelecerá a realização de um estágio de convivência entre o adotando e a família que pretende adotá-lo (RIZZARDO, 2011). Assim, o estágio de convivência consiste no período de tempo em que a criança ou o adolescente permanecerá, a título provisório, com quem pretende adotá-lo (LISBOA, 2012).

Esse estágio de convivência, previsto no artigo 46 do ECA, tem por finalidade adaptar a convivência do adotando ao novo lar, a um novo mundo. É um período em que é possível consolidar a ideia de adotar e ser adotado. Nesse estágio, o juiz e seus auxiliares avaliarão a conveniência da adoção. Não há prazo estipulado em lei, o tempo será determinado pelo juiz. O juiz também poderá dispensar o estágio de convivência quando a criança tiver menos de um ano de idade, ou quando o adotando já estiver na companhia do adotante tempo suficiente para poder ser avaliada a conveniência da constituição do vínculo, conforme prevê o art. 46, § 1°, do ECA (VENOSA, 2012).

A adoção é restrita aos candidatos previamente inscritos, mas a lei permite exceções (ECA, 50, § 13°), quais sejam: a adoção unilateral, quando é requerida por parente com o qual a criança mantenha vínculos de afinidade e afetividade; se o pedido de adoção é feito por quem detém a tutela ou a guarda legal da criança maior de três anos ou adolescente, sendo o tempo de convivência comprovado e que não seja constatada a presença de má-fé. Em qualquer das hipóteses, deve ser comprovado que a adoção é a solução que melhor atende aos interesses do adotando e deve-se comprovar o preenchimento de todos os requisitos necessários à adoção, como previsto no art. 50, § 14, do ECA (DIAS, 2015).

O processo de adoção será sempre judicial, conforme deixa claro o art. 47 do ECA, estabelecendo que o vínculo da adoção se dará por sentença judicial, que deverá ser inscrita no registro civil (GUIMARÃES, 2000). Com a sentença, sobrevém a constituição da filiação adotiva e o término da filiação natural. Desde esse momento, o adotado passa a integrar a família do adotante, desvinculando-se completamente da família de sangue, ou seja, o adotado vincula-se definitivamente à família adotiva, sem possibilidade de ser restabelecido novamente aos pais naturais, mesmo com o falecimento dos adotantes (RIZZARDO, 2011).

A ADOÇÃO UNILATERAL COMO EFETIVA PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Para que seja possível visualizar o real benefício da adoção unilateral, é imprescindível ter conhecimentos acerca dos princípios relacionados à criança e ao adolescente, bem como compreender a importância do afeto e da convivência familiar, o que se aborda nesta seção.

OS PRINCÍPIOS RELACIONADOS À PROTEÇÃO DO MENOR

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu direitos fundamentais para a criança e o adolescente, proporcionando-lhes garantias e prioridades necessárias para o seu desenvolvimento, como se pode observar no artigo 227, *caput*:

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

Essas garantias previstas no artigo supracitado demonstram a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado no que tange à efetiva proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente (ALBEGARIA, 1996).

Analisando esses direitos, Maria Berenice Dias destaca o princípio da dignidade humana, o qual, segundo ela, deve ser considerado o princípio básico que estrutura o Estado Democrático de Direito. A autora entende que esse princípio é o núcleo da ordem constitucional e retém um alcance geral, sem restrições, sendo, então, um princípio global, inerente a todo e qualquer ser humano (DIAS, 2011). O ECA, em seu art. 5º, prevê que nenhuma criança ou adolescente será alvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, prevendo também punições para quem não o cumprir. Sendo assim, humanizou o tratamento destinado aos menores (QUEIROZ, 1999) e, sob tal perspectiva, conclui Paulo Lôbo que a dignidade da pessoa humana é essencial a todas as pessoas, sem exceções: "A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade" (LÔBO, 2011, p. 60).

Os direitos fundamentais exclusivos de crianças e adolescentes são essenciais, na medida em que garantem o exercício pleno de sua dignidade de sujeitos de direitos, mesmo considerando o limite da incapacidade jurídica (BOCHNIA, 2008). Nessa senda, mister ressaltar que é na família que a dignidade da pessoa humana encontra o solo ideal para florescer e, para tanto, a previsão constitucional garante a essa entidade proteção especial, independentemente de sua origem. É no seio da família que se vivenciam o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, possibilitando o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada indivíduo com base em ideias pluralistas, solidaristas, democráticas e humanistas (MORAES, 2009).

Como previsto na Constituição Federal, é obrigação da família, da sociedade e do Estado resguardar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de protegê-los contra qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (MORAES, 2013). Ainda que exista uma responsabilidade coletiva em relação aos cuidados que devem ser dirigidos a crianças e adolescentes, é na família que se busca a possibilidade de convivência pautada pelo afeto e pelo amor, baseada não apenas no casamento, nos laços biológicos, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade, já que, hoje, a entidade familiar assume novos contornos. Ou seja, a família é a essência para o pleno desenvolvimento da pessoa, é o instrumento para a realização integral do ser humano (DINIZ, 2013).

Nessa perspectiva, a adoção visa a recuperar a dignidade da criança abandonada, por cujo abandono toda a sociedade é responsável. Com a adoção, a criança terá a oportunidade de fazer

parte de uma entidade familiar, o que se reveste de extrema relevância, pois a família é a base da formação e do desenvolvimento da personalidade dos menores, constitui o seu primeiro exemplo de socialização. O meio familiar da criança, no qual se insere e retém os elementos necessários ao seu desenvolvimento, é comparado ao meio natural da célula viva, do qual retira os elementos necessários para a sua nutrição. O menor, fora de seu meio natural, não resistirá, tampouco crescerá de forma adequada (ALBEGARIA, 1996).

Não se pode deixar de mencionar que o ECA disciplina a proteção integral à criança e ao adolescente e, em conformidade com a Carta Magna, atribui-lhes proteção com caráter de prioridade absoluta. O Estatuto contempla os direitos da criança e do adolescente na sua plenitude, especialmente, no que se refere ao direito de criação e educação na família, prevendo alternativas nos casos de impossibilidade de cumprimento desse direito, com a ressalva de que essas serão instituídas excepcionalmente, consoante o já referido artigo 19 (ISHIDA, 2008). A prioridade de proteção é baseada na necessidade de cuidados especiais de que seus receptores necessitam em virtude da fragilidade com que se relacionam no meio social e do *status* de pessoas em desenvolvimento (FONSECA, 2011).

A expressão "proteção integral" vem da obrigação de preservar os interesses do menor, que, por motivos óbvios, não tem condições de garantir, por si só, os próprios interesses, por isso, diversas vezes, tem muitos de seus direitos mais básicos negados. Por essa razão, a nomenclatura "integral" relaciona-se à proteção total do menor, de modo que nenhum de seus direitos seja suprimido (PAULA, 2002).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 declara que são pessoas em desenvolvimento aqueles que ainda não completaram 18 anos de idade e, sendo assim, possuem seus direitos garantidos com absoluta prioridade. Dessa forma, o melhor interesse nasce como um princípio capaz de distinguir as necessidades da criança e do adolescente em relação às necessidades do mundo adulto. Para Ana Luiza Veiga Ferreira e Marcelo de Mello Vieira, tal diferenciação se faz fundamental "para impedir que decisões irracionais sejam tomadas, frustrando a possibilidade de exercício futuro de direitos" (FERREIRA, VIEIRA, 2013, p. 233).

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente empenha-se, sobretudo, para suprir as necessidades do menor com ascendência sobre os interesses dos seus responsáveis. Assim, respeitadas as particularidades do caso concreto, os interesses da criança e/ou do adolescente deverão se sobrepor aos interesses dos pais ou responsáveis (SARATY, 2012).

O princípio do melhor interesse da criança e adolescente é uma consequência da mudança da própria concepção de família como ambiente voltado ao desenvolvimento de seus integrantes, que beneficia a criança como sujeito, com repercussões, inclusive, sobre o poder familiar. Esse poder, sob a ótica da nova concepção de família, orienta-se pelos interesses fundamentais dos filhos, buscando uma mudança quanto ao foco: dos interesses dos agentes do poder para os interesses de seus destinatários (SCAFF, 2010).

Importante ainda mencionar o princípio da solidariedade, que está previsto no art. 3.º, I, da CF/1988[21], com o propósito de construir uma sociedade livre, justa e solidária. A solidariedade

[21] "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

encontra-se e desenvolve-se nas relações familiares, bem como nos relacionamentos pessoais. Ser uma pessoa solidária é preocupar-se com o próximo, desse modo, a solidariedade familiar, em sentido amplo, é ter caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual (TARTUCE, 2015).

A solidariedade é um princípio essencial nas relações familiares, por meio dela, são criados vínculos afetivos que se solidificam dentro de um ambiente recíproco de compreensão e cooperação. É considerada como o princípio que dá oxigênio a todas as relações familiares afetivas, levando em conta o desenvolvimento e o sustento desse vínculo (MADALENO, 2013).

Outro princípio essencial e que está relacionado, de forma direta, ao tema deste estudo é o princípio da afetividade, razão pela qual, a seguir, aborda-se a relevância do afeto e da convivência familiar.

A IMPORTÂNCIA DO AFETO E DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Com o transcorrer do tempo, as famílias foram se transformando e passaram a valorizar um fator que é fundamental para a vida e a formação dos indivíduos: o afeto. Cada vez mais se valoriza e reconhece a importância do afeto nas relações familiares como característica de uma relação recíproca entre os cônjuges e para com seus filhos, por intermédio de muito amor e carinho (SIMÕES, 2016).

Para Maria Berenice Dias (2006, p. 61), o afeto supera a importância do vínculo sanguíneo, "os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado".

Nesse sentido, cabe mencionar que a Lei nº 12.010/2009 incluiu, no artigo 25, parágrafo único, do ECA, a conceituação de família ampliada ou extensa, com a seguinte redação: "Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de *afinidade e afetividade*" (Grifou-se)

O objetivo dessa inclusão foi modificar a ideia da família centrada apenas nos pais biológicos. Tal alteração no ECA é decorrente de atualizações nos campos sociais, jurisprudenciais e doutrinários, reconhecendo-se que a família pode se apresentar de diversos modos, abrangendo, portanto, os vínculos de afinidade que se estabelecem na família extensa ou ampliada (VILAS BOAS, 2016).

Consoante Dias (2000), o afeto é construído por meio da convivência familiar, independentemente da existência de vínculos biológicos; ele é a mola propulsora para a completa e adequada formação biopsicossocial do indivíduo, bem como para a sua realização, pois é no seio da família que ele encontra amparo para compartilhar vitórias e derrotas. É por essa razão que o Direito das Famílias passou a atribuir valor jurídico ao afeto. Com base nesse entendimento, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais julgou uma apelação cível nos seguintes termos:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária".

> Apelação cível. Ação de adoção. Filiação. Princípio da afetividade. Adotado menor. Prevalência de seu interesse. Adoção concedida. Recurso não provido. *1. A filiação, no estágio atual, lastreia-se mais no princípio da afetividade que na origem biológica. Assim, pais são os que devotam afeto pela criança. E o afeto não deriva da biologia.* 2. Sendo menor o adotado, deve-se emprestar primazia ao seu interesse. O interesse dos pais biológicos que abandonaram o filho com poucos meses de idade não pode prevalecer. 3. Comprovada a integração social, afetiva e psicológica do menor na família substituta, confirma-se a sentença que deferiu a adoção. 4. Apelação cível conhecida e não provida.[22] (Grifou-se)

Sob o prisma atual, a família decorrente do afeto é a real forma de instituir uma família, sendo a adoção um grande exemplo disso. Na adoção ou na filiação socioafetiva, o vínculo afetivo é verdadeiro, o que nem sempre ocorre em relação ao vínculo biológico, pois, muitas vezes, o filho é fruto de uma gravidez indesejada, sendo recebido, mas não amado. Nesse sentido, a paternidade socioafetiva será sempre baseada no amor, no afeto, em sentimentos sinceros, os quais nem sempre estão presentes na paternidade biológica (BORDALLO, 2008).

Para Paulo Lôbo (2012, p. 71), a efetividade supera os interesses patrimoniais, unindo todos os integrantes da família e buscando a igualdade:

> A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

A Constituição Federal traz ínsita a ideia de que a família é a base da sociedade, assim, merece especial proteção do Estado (CF 226[23]) e, nessa senda, assegura a crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, uma série de direitos fundamentais, entre eles, o direito à convivência familiar (DIAS, 2016), restando explícito, por conseguinte, o reconhecimento da importância da convivência permeada pelo afeto, como previsto no *caput* do artigo 227 da CF/1988:

---

[22] MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível nº 1.0431.03.001965-4.** Relator: Desembargador Caetano Levi Lopes. Data de julgamento: 31 ago. 2004. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/bancojuris1.asp?idmodelo=6321>. Acesso em: 16 out. 2016.

[23] "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º 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.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações."

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à *convivência familiar* e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Grifou-se)

O ECA, por sua vez, também buscou ressaltar a importância da vida em família como meio natural para o desenvolvimento daqueles que ainda não atingiram a vida adulta, valorizando a convivência quer na família natural (preferencialmente), quer em família substituta, como forma de permitir que crianças e adolescentes sejam cercados por aquele elemento que é essencial à sua constituição: o afeto (PEREIRA, 1996).

Logo, garantir a convivência familiar aos filhos significa "respeitar seu direito de personalidade e garantir-lhe a dignidade", considerando que o seu descumprimento gera "um vazio no desenvolvimento afetivo, moral e psicológico do filho", com consequências que poderão trazer graves sequelas no futuro (SILVA, 2004).

A ADOÇÃO UNILATERAL EM RECONHECIMENTO À PREVALÊNCIA DO AFETO E EM ATENDIMENTO AOS PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO AO MENOR

Conforme se sabe, não são os fatos físicos da geração e do parto que fazem nascer um vínculo entre a criança e os pais; os laços da relação pais-filho efetivam-se quando os filhos recebem dos pais não apenas os alimentos necessários à sua subsistência, mas são cuidados, abraçados e protegidos. Assim, atualmente, muito se tem falado acerca da desbiologização da paternidade, na tentativa de evidenciar que a paternidade é muito mais do que o resultado de um simples fato da natureza, ela é, na verdade, um fato cultural (PEREIRA, 2003). Sob essa ótica, a família é uma estruturação psíquica, em que cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Ademais, o laço entre um adulto e uma criança supera o parentesco, de modo que os fundamentos da filiação vêm sendo superados pelo crescente número de novas famílias, sejam elas recompostas, adotivas ou monoparentais. Nem sempre um adulto que arca com as funções parentais em relação a uma criança é o pai legal ou o genitor. Salienta-se, portanto, que o exercício da parentalidade transcende os vínculos biológicos e jurídicos do parentesco (SARAIVA, LEVY, MAGALHÃES, 2016). Nesse sentido, salienta Maria Helena Diniz (2007, p. 430) que, na paternidade afetiva, prevalece sempre o afeto: "A paternidade, então, apesar de não ter componente genético, terá fundamento moral, privilegiando-se a relação socioafetiva" (DINIZ, 2007, p. 430).

No contexto atual, com o aumento do número de divórcios e separações, é grande a quantidade de famílias nas quais o marido e a mulher ou o companheiro e a companheira covivem com os filhos advindos de uniões passadas. Todavia, se o pai e a mãe ainda estão vivos e se ainda detêm o poder familiar sobre seus filhos, caberia a eles, e não aos padrastos e às madrastas, decidir quanto à criação e à educação de seus filhos. Surgem, assim, nas relações sócio-familiares, questões que dizem respeito à controvérsia envolvendo paternidade genética e filiação afetiva, levando-se em conta que nem sempre aquele que gerou é o responsável pelos cuidados diários, pelo amor e pelo carinho (COSTA, CARDOSO, 2016).

Paternidade, assim como a maternidade, é mais do que prover alimentos ou causa de partilha de bens hereditários, implica também a constituição de valores, a singularidade da pessoa, a dignidade humana, as quais são construídas, principalmente, na convivência familiar durante a infância e a adolescência. A paternidade é missão construída na relação afetiva, é direito-dever, inclui os deveres de realização dos direitos fundamentais da pessoa em formação, isto é, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar (art. 227 da CF/88). É pai quem assume esses deveres, embora possa não ser o genitor (LÔBO, 2016). A adoção unilateral busca oficializar a paternidade/maternidade socioafetiva já existente, buscando a adoção do filho do cônjuge. Essa situação é baseada no amor, no afeto, que é conquistado entre a criança e seu padrasto ou sua madrasta, que acompanhou todo o seu crescimento, que supriu, no cotidiano, as suas necessidades não apenas materiais, mas também afetivas (MOTA, 2016).

Assim sendo, a adoção unilateral busca reconhecer as situações afetivas existentes quando um dos pais biológicos refaz sua vida, tornando-se o novo parceiro na criação do filho daquele, nascendo, em decorrência desse convívio, uma relação de afeto que vem a fazer com que ambos desejem formalizar essa filiação socioafetiva (MOTA, 2016). É nesse sentido o seguinte julgado em que a adoção unilateral foi concedida:

> APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO POR EDITAL. VALIDADE. PRECEDENTES. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. É válida a citação realizada por edital, tendo sido envidados todos os esforços possíveis para localização do demandado, residente em endereço desconhecido para o autor. Não há cogitar cerceamento de sua defesa, considerando que lhe foi devidamente nomeada curadora especial, atuante no feito. *ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR PATERNO. ADOÇÃO UNILATERAL PELO PADRASTO. ESTABELECIMENTO DE PRÉVIO VÍNCULO AFETIVO.* SITUAÇÃO EXCEPCIONAL**.** *PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR. PRECEDENTES.* SENTENÇA CONFIRMADA.[24] (Grifou-se)

Pode-se finalizar afirmando que, com a adoção unilateral, o laço familiar se fortalece, passando o adotado a ser um filho legítimo do adotando. Tal adoção visa unicamente a atender aos interesses do adotando, respeitando os princípios inerentes ao menor, em busca de seu melhor desenvolvimento como pessoa (BASTOS, 2016). A paternidade e a maternidade constituem um vínculo de afeto, um ato de amor e desapego material. Assim, ser pai ou mãe não é apenas possuir vínculo biológico com o filho, é estar presente, participar, instruir, amparar, dar amor, proteger, educar, sempre preservando os interesses e o bem-estar social do filho (LIMA, 2016).

[24] Rio Grande do Sul. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível nº 70052623170**. Relator: Desembargadora Sandra Brisolara Medeiros. 7ª Câmara Cível. Data de julgamento: 08 mai. 2013. Disponível em: <http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112825146/apelacao-civel-ac-70052623170-rs/inteiro-teor 112825156>. Acesso em: 08 nov. 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como objetivo tecer considerações acerca da adoção unilateral, prevista no artigo 41, § 1º, do ECA, como efetiva proteção da criança e do adolescente. Para tanto, inicialmente, apresentou-se o conceito de adoção, além de trazer noções sobre a evolução do instituto à luz da legislação brasileira. Verificou-se, nesse percurso, que houve modificações no conceito da adoção, uma vez que, há alguns anos, o objetivo era conceder filhos a quem não podia tê-los, porém, hoje em dia, objetiva-se o melhor para a criança e o adolescente, isto é, a adoção deve apresentar reais vantagens para o adotando, buscando atender aos ditames constitucionais e infraconstitucionais que preconizam a sua ampla proteção como ser em desenvolvimento.

Também foram elencados os requisitos para a adoção, como idade mínima, diferença de idade entre adotando e adotante e estágio de convivência. A adoção unilateral é prevista em três hipóteses: a primeira possibilidade é quando a criança não tem o nome do/a pai/mãe biológico/a, desse modo, o cônjuge ou o/a companheiro/a poderá solicitar a adoção. A segunda hipótese é quando está presente o registro de ambos os pais, dessa forma, a adoção dependerá da desconstituição do poder familiar do ascendente que não cumpre efetivamente o papel de pai/mãe. A terceira possibilidade traz a morte como forma de extinção do poder familiar. Exceto nesse último caso, todas as hipóteses dependem do consentimento do genitor responsável pela criança e, se o adotando tiver idade igual ou superior a doze anos, dependerá também de sua concordância, além da necessidade de estar nítida a importância da adoção para o adotando e que vise ao seu melhor interesse.

Mister destacar que, contexto brasileiro, há uma série de crianças e adolescentes que sofrem com a desatenção, a ausência, o descaso, a omissão, a negligência e a falta de amor daqueles que – consoante as normas – deveriam zelar pelo seu bem-estar e desenvolvimento, ou seja, os pais. A esse número, somam-se os menores abandonados e aqueles sem o nome do pai na certidão de nascimento. Essa última situação é motivo para traumas e constrangimentos, os quais, não raras vezes, trazem sequelas psicológicas irreversíveis aos menores.

Nesse cenário, a adoção unilateral surge como um instituto capaz de suprir esses déficits em diversas famílias, pois é no padrasto ou na madrasta que, muitas vezes, a criança vê a figura de pai ou de mãe. Trata-se de reconhecer o papel que a paternidade ou a maternidade socioafetiva cumpre na formação dos infantes, valorizando aquele que dá afeto, amor, que cuida e zela pelos direitos do menor.

Outro benefício importante trazido por esse tipo de adoção é a inclusão do sobrenome do genitor faltante, pois o nome está relacionado à dignidade da pessoa humana, evidencia as origens do indivíduo, distingue-o em toda a sociedade. Como referido, quem não tem o nome de um dos genitores em seu registro passa por diversos constrangimentos, sente-se humilhado e, consequentemente, a autoestima é prejudicada, fatos que repercutirão na vida adulta e nas relações futuras que serão estabelecidas.

Assim, é possível concluir que a adoção unilateral traz diversos benefícios ao adotando, fazendo com que seja reafirmado o vínculo familiar e de afeto existente e permitindo a convivência em um núcleo familiar saudável. Não restam dúvidas, por conseguinte, que essa modalidade de

adoção atende aos Princípios da Proteção Integral e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, uma vez que se centra na desbiologização da família, valorizando, acima de tudo, a convivência e os laços afetivos, os quais são, reconhecidamente, os dois grandes pilares que dão sustentáculo ao adequado desenvolvimento biopsicossocial dos menores.

REFERÊNCIAS

ALBEGARIA, Jason. **Adoção Plena.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ALBEGARIA, Jason. **Adoção Simples e Adoção Plena**. Rio de Janeiro: Aide, 1990.

BASTOS, Thiego. **Adoção Unilateral**. Disponível em: <http://thiegob1.jusbrasil.com.br/artigos/243538277/adocao-unilateral>. Acesso em: 11 nov. 2016.

BOAS, Renata Malta Vilas. **Direitos das Famílias:** A Figura da Madrasta e sua Importância Para a Criança ou Adolescente. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20madrasta.pdf>. Acesso em 12 out. 2016.

BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família**: contribuições de Elimar Szaniawski. 2008. 223 f. Dissertação, p. 63 (Pós-Graduação em Direito) Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/17098/Disserta%E7%E3o%20Da%20ado%E7?sequence=1>. Acesso em: 07 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.069, DE 13 DE Julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 18 de abr. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 abr. 2016.

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil:** parte especial: do direito de família, vol. 18. Antônio Junqueira de Azevedo (coord).. São Paulo: Saraiva, 2004. E-Book. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/237320649/Comentarios-Ao-Codigo-Civil-v-18-1%C2%AA-Edicao>. Acesso em 14 de novembro de 2016.

COSTA, Nayara Garcia da; CARDOSO, Rayssa Pires Amorin. **O Direito Brasileiro e a Família Socioafetiva: Limites do poder familiar**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/o-direito-brasileiro-e-a-familia-socioafetiva-limites-do-poder-familiar/106344/>. Acesso em: 08 nov. 2016.

CURY, Munir; MARÇURA, Jurandir Norberto; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado**. São Paulo: RT, 2000.

DELISNKI, Julie Cristine. **O novo direito da filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **O superior interesse reconhecido por um tribunal superior.** Porto Alegre/RS: 30 dez. 2010. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_491)o_superior_interesse_reconhecido_por_um_tribunal_superior1.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org).. **Direito de Família e o Novo Código Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DINIZ, João Seabra. **A Adoção:** Notas para uma visão global. Abandono e Adoção- Contribuições para uma cultura da adoção I. Curitiba: Terre des Hommes,1991.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** Direito de família. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Ana Luiza Veiga; VIEIRA, Marcelo de Mello. O melhor interesse e a autonomia progressiva de crianças e adolescentes. **Revista de Direito da Infância e da Juventude**. vol. 2/2013, jul. 2013, p. 233. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014c6fffbba844627c9&docguid=I66bdd1606a0a11e3b6c9010000000000&hitguid=I66bdd1606a0a11e3b6c9010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=6&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 23 out. 2016.

FONSECA, Antônio César Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10.ed., São Paulo: Saraiva, 2013. v. 6.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, Tutela e Guarda.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

JORGE, Alberto Gosson. Guarda, Tutela e Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Principais Aspectos. **Revista de Direito Privado.** vol. 5/2011, jan. – mar. 2011. Disponível em : <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015435552fb2d3ab573c&docguid=Ied556c10f25311dfab6f010000000000&hitguid=Ied556c10f25311dfab6f010000000000&spos=13&epos=13&td=1704&context=4&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 abr. 2016.

KAUSS, Omar Gama Bem**. A Adoção no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

LIMA, Adriana Karlla. **Reconhecimento da paternidade socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9280>. Acesso em: 11 nov. 2016.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5.

LÔBO, Paulo. **A Paternidade Socioafetiva e a Verdade Real.** Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero34/artigo03.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil:** Famílias. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Cecília Regina Alves. **Adoção: Aspectos Históricos, Sociais e Jurídicos da Inclusão de Crianças e Adolescentes em Famílias Substitutas.** Lorena: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, 2008.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord).. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 6. ed. revel. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MEDEIROS, Noé de. **Lições de Direito Civil**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997, v. 5.

MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível nº 1.0431.03.001965-4.** Relator: Desembargador Caetano Levi Lopes. Data de julgamento: 31 ago. 2004. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/bancojuris1.asp?idmodelo=6321>. Acesso em: 16 out. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Fernanda Cristina Rodrigues de. **Princípio da dignidade da pessoa humana no direito de família**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 01 Dez. 2009. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/124220>. Acesso em: 17 set. 2016.

MOTA, Roberto. **Direito de Família: um ensaio sobre a adoção unilateral**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37941/direito-de-familia-um-ensaio-sobre-a-adocao-unilateral>. Acesso em : 08 nov. 2016.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. **Direito da Criança e do Adolescente**. 4. ed., rev., ampl. e atual. Goiânia: Editora Jurídica, 1999.

RENON, Maria Cristina. **O princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a convivência familiar e o afeto.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33946-44710-1-PB.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

Rio Grande do Sul. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível nº 70052623170**. Relator: Desembargadora Sandra Brisolara Medeiros. 7ª Câmara Cível. Data de julgamento: 08 mai. 2013. Disponível em: <http://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112825146/apelacao-civel-ac-70052623170-rs/inteiro-teor 112825156>. Acesso em: 08 nov. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. **A Adoção na Constituição Federal o ECA e os estrangeiros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SARAIVA, Camille de Andrade; LEVY, Andrade; MAGALHÃES, Andrea Seixas. **O Lugar do Padrasto em Famílias Recompostas**. Disponível em: <://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/viewFile/3734/3825>. Acesso em: 08 nov. 2016.

SARATY, Jamille. Melhor interesse da criança e do adolescente no processo de guarda. **Revista Jus Navigandi,** Teresina, ano 17, n. 3388, 10 out. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22786/a-aplicacao-do-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-e-doadolescente-nos-litigios-de-guarda>. Acesso em: 25 out. 2016.

SCAFF, Fernando Campos. **Considerações sobre o poder familiar.** In: Direito de Família no novo milênio. SIMÃO, José Fernando; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu, ZUCCHI, Maria Cristina Zucchi, (Coord). São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Cláudia Maria da Silva. Indenização ao filho – descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho In: **Revista de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.6, n.25, ago.-set., 2004.

SIMÕES. Tiago Felipe Vargas. **A Família Afetiva - O afeto como formador de família.** Disponível em: <http://www.facic.br/direito/pasta_upload/artigos/a134.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 5.ed. São Paulo: Método, 2015.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 6.

WALD, Arnold. **Direito de Família**. 11 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

OS RISCOS DAS NANOTECNOLOGIAS: O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA A REGULAÇÃO DAS NANOTECNOLOGIAS NO BRASIL

Carla da Luz[1]
Haide Maria Hupffer[2]

INTRODUÇÃO

O aumento de produtos provenientes das nanotecnologias designa uma nova obrigação aos juristas: criar mecanismos de controle que contemplem e tutelem as ações intrínsecas a existência humana que, sob a ótica normativa, poderão causar ao ser humano, aos ecossistemas e aos recursos renováveis danos irreversíveis. As possibilidades ilimitadas do progresso sem cautela trazem à sociedade insegurança sobre os impactos que as contingências da nação nanocientífica poderão acarretar, pois os riscos não são mais previsíveis e locais.

Neste contexto, como problema central dessa pesquisa buscar-se-á examinar se as normas existentes na legislação brasileira são suficientes para gerir os riscos e impactos das nanotecnologias, bem como verificar se há necessidade de uma auto-regulamentação que possibilite a informação e transparência do uso das nanotecnologias.

Para responder ao problema de pesquisa, objetiva-se descrever de forma sucinta os riscos e benefícios das nanotecnologias para o meio ambiente e para a saúde humana, bem como a interpretação da legislação brasileira para verificar se os princípios da responsabilidade e da precaução atendem e protegem o ser humano dos possíveis impactos da evolução desregrada dos avanços tecnológicos, além de apontar que não é pela restrição de lançamento de nanotecnologias que se resolverá o problema, mas sim com a adoção da prudência frente à incerteza científica.

O método adotado para o desenvolvimento da pesquisa é o dedutivo com utilização de pesquisa bibliográfica e documental. Dessa forma, por meio de um parâmetro entre os conhecimentos normativos, bibliográficos e a realidade brasileira, observa-se que não há uma norma que estabelece um tratamento diferenciado para os riscos da nanotecnologia.

O artigo está dividido em 3 tópicos: compreensão do Princípio da Prevenção e o da Precaução e as principais diferenças entre os dois princípios; conceituar Nanotecnologia e descrever sucintamente seus benefícios e riscos e, por fim apontar a importância de regulamentar e da legislação para que as nanotecnologias sejam desenvolvidas de forma responsável tendo presente as gerações atuais e as gerações futuras e os riscos que a não regulamentação pode causar ao ser humano e ao meio ambiente. Essa discussão impõe desafios à gestão de riscos, uma vez que não se tem certeza dos impactos causados por essa nova descoberta do milênio e, o não posicionamento do governo brasileiro frente ao tema, acirra ainda mais o debate relativo à Nanotecnologia.

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. Participante do Programa de Aperfeiçoamento Científico no Projeto de Pesquisa "Novas Tecnologias e Sociedade de Risco: Limites e Responsabilidade pelo Risco Ambiental".
[2] Doutora em Direito pela Unisinos. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: haide@feevale.br.

PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO

Prevenção significa ato ou efeito de antecipar-se, chegar antes, e a precaução oriunda do verbo precaver-se, sugere "cuidados antecipados com o desconhecido, cautela para que uma atitude ou ação não venha a resultar efeitos indesejáveis" (MILARÉ, 2013, p. 262).

A doutrina jurídica ambiental distingue o conceito de prevenção e precaução, sendo este último conceito mais restritivo. Granziera (2014, p. 61), diferencia o princípio da precaução do princípio da prevenção, assim se posicionando: "a precaução tende à não autorização de determinado empreendimento, se não houver certeza científica de que ele não causará no futuro um dano irreversível". Já por prevenção Granziera (2014, p. 61) diz que este princípio "versa sobre a busca da compatibilização entre a atividade a ser licenciada e a proteção ambiental, mediante a imposição de condicionantes ao projeto".

Esse entendimento é ratificado por Milaré (2013, p. 263), uma vez que o autor também descreve que "a prevenção trabalha com o risco certo e a precaução vai além e se preocupa com o risco incerto". Portanto, diverso da prevenção, a precaução não dispensa a avaliação dos riscos. Os riscos com que o princípio da precaução se preocupa são os "riscos abstratos/potenciais, que não estão suficientemente demostrados ou conhecidos" (ALVARES, 2013, p. 35-52).

O princípio da precaução surgiu no século XX, na década de 70, em uma conferência da ONU (Organização das Nações Unidas) sobre o meio ambiente, realizada na Suécia, e teve suas primeiras aplicações no direito alemão (WEYERMÜLLER, 2010, p. 75). Contudo, a definição expressa desse princípio foi ratificada na *Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente e o Desenvolvimento*, realizada no Rio de Janeiro em 1992 (ONU, 1992):

> Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (ONU, 1992).

Machado (2010, p. 88) compreende o princípio da precaução como um "poder de polícia", pois o Estado tem a função de "se encarregar da salubridade, da tranquilidade, da segurança" dos cidadãos e do meio ambiente. O Estado "pode e deve para este fim tomar medidas que contradigam, reduzam, limitem, suspendam algumas das grandes liberdades do homem e do cidadão: expressão, manifestação, comércio, empresas". Com base nesse princípio, o Estado tem o respaldo para "suspender uma grande liberdade, ainda mesmo que ele não possa apoiar sua decisão em uma certeza científica " (MACHADO, 2010, p. 88).

O princípio da precaução é um importante instrumento para avaliar "a aplicação de novas tecnologias". Ele possibilita que o Estado reconhecido "como expressão comum dos diversos setores sociais que o integram, possa cumprir em melhor forma um de seus objetivos básicos: o resguardo da seguridade coletiva" (HAMMERSCHMIDT, 2003, p. 12). Diante da incerteza científica o Estado tem o dever de cautela e prudência.

O caput do art. 225 da Constituição Federal "impõe, inegavelmente, uma ordem normativa de antecipação aos danos ambientais, gerando um dever de *preventividade objetiva*" (CARVALHO, 2008, p. 71). A ênfase preventiva "atua como condição de possibilidade operacional do direito para a formação de uma comunicação jurídica acerca do risco". O princípio da prevenção exige que os julgados jurídicos sejam uniformizados e que os perigos já conhecidos e comprovados sejam eliminados ou minimizados. Portanto, o princípio da prevenção é invocado sempre que o "conhecimento científico vigente é capaz de determinar relações concretas de causa e consequência" (CARVALHO, 2008, p. 71). Ou seja, no Direito Ambiental aplica-se o princípio da prevenção "quando o dano é certo ou quando sua ameaça real e iminente exsurge com certeza científica clara" (MOTA, 2008, 180-211).

A produção de riscos é decorrência da tomada de decisão e pode afetar as gerações presentes e futuras. A "atribuição de ilicitude se dá a partir de sua juridicização pelos princípios da prevenção (riscos concretos) e da precaução (riscos abstratos)" (CARVALHO, 2008, 70). A prevenção intermedia a decisão e o risco e este princípio é aplicado "sobre aqueles riscos ambientais cujo conhecimento científico vigente é capaz de determinar relações concretas de causa e consequência" (CARVALHO, 2008, 71). O princípio da precaução é aplicado sempre que diante da incerteza científica.

A comunicação dos riscos "é instrumentalizada entre prevenção e precaução. Enquanto os riscos concretos são geridos pela máxima prevenção, os abstratos o são pela da precaução" (CARVALHO, 2008, p. 71).

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da precaução está expresso no art. 1º da Lei 11.105/2005 (Lei da Biossegurança) e no parágrafo único do art. 6º da Lei 11. 428/2006 (Lei de Proteção do Bioma Mata Atlântica) (SOUZA, 2011, p. 15-31).

O princípio da precaução em Aragão (2010, p. 62) "funciona como uma espécie de princípio '*in dubio pro ambiente*': na dúvida sobre a perigosidade de uma certa atividade para o ambiente, decide-se a favor do ambiente e contra o potencial poluidor". O ônus de provar que determinada atividade ou produto não tem risco é do potencial poluidor ou do Estado, ou seja, "por força do princípio da precaução é o potencial poluidor que tem o ônus da prova de que um acidente ecológico não vai ocorrer e de que adotou medidas de precaução específicas" (ARAGÃO, 2011, p. 62).

Ao indicar a inversão do ônus da prova, o princípio da precaução impõe ao degradador o encargo de provar que a "atividade questionada não é efetiva ou potencialmente degradadora da qualidade ambiental, uma vez que são eles que pretendem alterar o *status* quo ambiental" (HAMMERSCHMIDT, 2003, p. 09). O elemento incerteza científica presente no princípio da precaução passa a exigir do potencial degradador "cálculo precoce dos potenciais perigos para a saúde ou para a atividade de cada um" e a adoção de "medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental" (MOTA, 2008, p. 03).

A falta de evidências científicas de que determinada atividade ou produto possam causar danos individuais ou coletivos capazes de afetar o conjunto de seres vivos é motivo suficiente para paralisar determinada obra ou impedir a comercialização de determinado produto. A existência de risco de dano é um dos requisitos do princípio da precaução (HAMMERSCHMIDT, 2003, p.07).

Como princípio basilar do direito ambiental, a precaução, recentemente começou a ser questionada, "tanto quanto à forma e aos limites de sua aplicação, como quanto à sua pertinência". O entendimento geral é que esse princípio objetiva "orientar e respaldar o processo de tomada de decisão no que concerne ao controle e autorização de funcionamento de atividades que possam causar danos ao meio ambiente ou à saúde" (MILARÉ; SETZER, 2006, p.04).

Mais que isso, o princípio da precaução carrega consigo alguns elementos psicossociais, como: a incerteza, "o fato de o incerto não ser conhecido ou de não ser entendido aconselha que ele seja avaliado ou pesquisado"; a ignorância, que "não pode ser um pretexto para ser imprudente", de modo que "pode-se pensar na incerteza como uma forma de ignorância, pois quem tem certeza não ignora" (SOUZA; SOUZA, 2010, p. 04); o medo, "que se assemelha à prudência, à cautela"; o tempo, "o adequado emprego do tempo para planejar e deliberar"; a ousadia, que "não significa ser imprudente", mas permite avançar com prognósticos e resultados que não conduzem a catástrofes. É possível conciliar a prudência com a ousadia; e para finalizar a coragem, que "muitas vezes fica na fronteira com a temeridade, precisando ponderar seriamente as vantagens e as desvantagens da ação" (MACHADO, 2007, p. 04).

A precaução tem caráter jurídico e político. Invocar o princípio da precaução é poder negar "uma autorização ou impor prescrições adicionais à difusão de novos produtos, técnicas, procedimentos ou à implementação de um projeto em razão do grau de incerteza de que sejam portadores" (HAMMERSCHMIDT, 2003, p.07). Contudo, quando for aplicado o princípio da precaução, também se deve ter o cuidado de vincular ele "à análise da evolução científica, que sustenta, objetivamente, não apenas a temporalidade, mas essencialmente a necessidade de medidas" (LEITE; AYALA, 2002, p. 19-20).

Esse cuidado na aplicação tem como objetivo manter e vincular a decisão enquanto permanecer a incerteza científica, ou seja, sua aplicabilidade está vinculada "à permanência da insuficiência, imprecisão e inconclusão dos dados científicos (fundamento objetivo)". Não é paralisar o desenvolvimento tecnocientífico, mas sim, que as decisões sejam tomadas diante do "acentuado potencial de perigo" no sentido de impedir "que a sociedade o suporte (fundamento político)" (LEITE; AYALA, 2004, p. 19-20).

Na mesma linha de raciocínio, Alvares (2013, p. 06) vai dizer que "é preciso ter prudência para decidir entre estabelecer medidas protetivas ou garantir a continuidade do desenvolvimento". Este dizer impõe inegavelmente a necessidade de avaliar o grau de incerteza científica para poder fixar "até que ponto a incerteza científica precisa ser superada mediante decisões, e principalmente, se possível, qual o nível de risco considerado inaceitável" (LEITE; AYALA, 2004, p.77). Claro está que por ser um risco abstrato não é possível "atingir um nível integral de compreensão dos riscos", mas mesmo assim, deve-se utilizar o princípio da precaução e caracterizar o risco da melhor forma possível e "de acordo com o conhecimento disponível", buscando assim, o estabelecimento de "diretrizes para a aplicação concreta do princípio da precaução e reduzir o nível de incerteza verificado" (LEITE; AYALA, 2004, p.77).

Para alguns juristas, a precaução é considerada um dos princípios estruturantes do Estado Socioambiental de Direito, entre os quais destaca-se Nardy. Para esse autor, o princípio da precaução não objetiva advogar em favor de "uma política de risco zero", o que ele exige é "que seja

dada a devida importância à proteção da saúde pública e do meio ambiente sempre que o número de informação científica disponível for insuficiente para uma segura tomada de decisão" (NARDY, 2003, p. 63).

Um entendimento mais alargado sobre o princípio da precaução é dado também por Freitas Martins (2002, p. 98) que assim posiciona:

> [...] não só se trata de um princípio aberto e sujeito a um aperfeiçoamento permanente como, sobretudo, é um princípio que ultrapassa largamente a esfera jurídica, projetando-se nos campos sociológico, econômico e filosófico. Em certa medida, o princípio da precaução exprime as limitações de uma abordagem jurídica nos termos clássicos e manifesta as tendências de evolução do direito do ambiente daí decorrentes: dos mecanismos de regulação direta para os mecanismos de regulação indireta; da heteroregulação pública para a auto-regulação e auto-controle privados; dos esquemas bilaterais de decisão ou contratação para um contexto multilateral, assente na participação e ponderação; de uma perspectiva estática, radicada nas instâncias de autorização e controle sancionatório, para uma perspectiva dinâmica, orientada para o acompanhamento permanente e para a abertura das situações jurídicas constituídas; da fundamentação jurídico-positiva, assente na informação adotada e unilateralmente imposta pelas normas legais e regulamentares, sob a forma de regras de segurança, para uma fundamentação social, assente na recolha e divulgação da informação e na ponderação adequada das decisões de risco (FREITAS MARTINS, 2002, p.98).

Em que pese não haver consenso na doutrina sobre o princípio da precaução, tem-se presente que o princípio da precaução é fonte de discussão em todas as alçadas e estruturantes da sociedade: política, econômica e social, pois envolvem questões econômicas, normativas e decisórias. Pelo princípio da precaução o Estado tem a possibilidade de se posicionar com atitudes de prudência frente a incerteza científica dos avanços da tecnociência. É preciso prevenir e frear ações oriundas do desenvolvimento econômico acelerado para assim garantir a não degradação do meio ambiente e a preservação da saúde e da dignidade dos seres vivos.

NANOTECNOLOGIAS: BENEFÍCIOS E RISCOS

As nanotecnologias nasceram com a promessa de revolucionar a vida humana e estão no centro das chamadas "novas tecnologias". As promessas e benefícios das nanotecnologias são muito sedutoras pelo fato de conseguirem abarcar o "conjunto de tecnologias ou setores que utilizam a escala nanométirca para incorporação de propriedades inovadoras aos objetos fabricados" (ENGELMANN; PULZ, 2015, p. 154-156).

A expressão nanotecnologia "deriva do prefixo grego *nános*, que significa anão, *téchne* que equivale a ofício, e *logos* que expressa conhecimento" (ENGELMANN; FLORES, WEYERMÜLLER, 2010, p. 164). Para Silveira e Santos (2015, p. 02) a palavra nanotecnologia representa o "nome dado à ciência que explora materiais em escala atômica ou molecular, ou seja, que explora materiais numa escala bastante reduzida". A unidade de medida utilizada nessa escala é o nanômetro (nm) "que equivale a um bilionésimo de metro" e, por, isso possibilita "manipular estruturas muitíssimo

pequenas e até então intocadas pelo homem, para formação de novas estruturas e materiais" (SILVEIRA; SANTOS, 2015, p. 03).

Com a manipulação da escala nanométrica já é possível a "dessalinização da água do mar, objetivando a comercialização como água mineral"; o combate a doenças com crescimento desordenado, cujas pesquisas demostram que nanorreatores podem localizar células cancerosas "carregando e liberando medicamentos em pontos específicos do organismo"; manipular quantidades "de informação extremamente grandes associadas a rápida velocidade de processamento", no que tange a tecnologia da informação. A utilização da manipulação dos átomos atinge também os setores de produção de materiais esportivos, cosméticos e embalagens "revestidas de partículas de prata com o objetivo de eliminação de dores, aumentando o tempo de conservação dos alimentos" (FLORES; DOSSENA JUNIOR; ENGELMANN, 2010, p. 03).

A nanotecnologia é utilizada para a preservação da natureza com o desenvolvimento de "conversores catalíticos automotivos nanoincrementados, que possibilitarão o sequestro ainda mais eficiente do excesso de carbono e enxofre ainda antes de sua passagem pelo catalisador do automóvel", como explica Fornasier (2015, p. 03). É uma importante tecnologia, se "popularizada, poderá ser extremamente suficiente para a redução da poluição atmosférica e do efeito estufa" (FORNASIER, 2015, p. 03).

Produtos com nanopartículas são comercializados largamente no mercado. Entre os produtos listados por Fornasier (2015, p. 03) estão "produtos de limpeza baseados em nanoemulsões antibacterianas, baseados em nanoesferas de gotículas de óleo que, quando suspensas em água, são capazes de eliminar organismos patogênicos, requerendo pequenas quantidades de produto". Nanocápsulas tem propriedades para "carregar e proteger substâncias ou materiais químicos (inclusive remédios) por diferentes sistemas (água, meio ambiente, tecidos etc). e depositá-los exata e precisamente no local-alvo com liberação controlada". As indústrias de cosméticos utilizam largamente nanocapsúlas em suas fórmulas, mas elas "podem ser eficientes para tratamento de doenças num futuro breve" (FORNASIER, 2015, p. 03).

Engelmann e Berger Filho (2006, p. 04) apresentam um estudo realizado por Dalcomuni em 2006 em que o autor apontou as "10 principais aplicações da nanotecnologia com maiores possibilidades de impacto nos países em desenvolvimento", no período de 2006 a 2016, englobando nanomateriais aplicados "nas áreas de água, agricultura, nutrição, saúde, energia e meio ambiente".

Na síntese realizada por Engelmann e Berger Filho da análise de Dalcomuni as 10 principais aplicações estão assim distribuídas: 1) energia: construção de "uma nova geração de células para energia solar, células para hidrogênio combustível e novos sistemas de armazenagem de hidrogênio" para gerar energia limpa e "criação de nano membranas sintéticas assentadas em proteínas" que podem "transformar luz em energia química"; 2) agropecuária; 3) tratamento e melhoria da qualidade da água: "sistemas de purificação, desintoxicação e dessalinização da água de forma muito mais eficiente que os tratamentos convencionais com filtros à base de bactérias e vírus"; "filtros de nanotubos de carbono para a melhoria da qualidade da água"; "sistemas de tratamento de água baseados em dióxido de titânio em partículas nanomagnéticas"; 4) diagnóstico e tratamento de doenças; "5) sistemas de administração de remédios; 6) processamento e

estocagem de alimentos; 7) poluição atmosférica; 8) construção; 9) monitoramento da saúde; 10) detecção e controle de vetores de doenças" (ENGELMANN; BERGER FILHO, 2006, p. 04).

Conforme estudo feito pela Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI, 2011) "para a nanotecnologia receber grande aceitação e ser adotada, cada nova descoberta precisa ser amplamente percebida como algo que venha a satisfazer uma necessidade crítica para uma ampla audiência". Neste sentido, Engelmann, Flores e Wyermüller (2010, p. 164) registram que as "aplicações mais simples da nanotecnologia talvez sejam as mais promissoras". Como exemplo, os autores citam que na área energética "a criação de material mais escuro que possa existir, podendo absorver mais de 99,9% de toda a luz que receber, permitiria um novo nível de aproveitamento da radiação solar para a geração e energia elétrica captada por esse material" (ENGELMANN; FLORES; WYERMÜLLER, 2010, p. 164).

As nanotecnologias podem ser aplicadas em vários campos da ciência, no desenvolvimento de materiais, produtos, aplicações e técnicas biológicas. Na área de fármacos sua utilização pode se dar, por exemplo, para o tratamento da malária. Na medicina, a "nanotecnologia magnética apresenta potencial para o aceleramento do trabalho de pesquisa com células-tronco e para diagnóstico em várias áreas da medicina", como no "diagnóstico, no tratamento e no monitoramento de doenças como infarto agudo do miocárdio, do diabetes, da AIDS e da insuficiência renal" (FORNASIER, 2015, p.04).

Outra área em que as nanotecnologias são amplamente aplicadas é na odontologia. Como exemplo, Engelmann, Flores e Wyermüller (2010, p. 163) registram que na odontologia foram criadas aplicações com modificações "na superfície de implantes em escala manométrica criando navocavidades no metal dos implantes". Esta técnica "favorece a proliferação e a diferenciação de células ósseas proporcionando uma melhor adesão do metal ao organismo". Pesquisas com nanotecnologias também estão presentes na aplicação de "nanopartículas de carbono que podem contribuir para uma nova geração de materiais eletrônicos, ímas de alta potência, rolamentos de dimensões microscópias e materiais de construção de alta resistência" (ENGELMANN; FLORES; WYERMÜLLER, 2010, p. 163). Quando bem aplicadas, as nanotecnologias podem representar melhoria da qualidade de vida e melhoria das condições ambientais.

A manipulação da vida em escalas nanométricas possibilita o desenvolvimento de novas estruturas e organismos, por meio da interação entre sistemas vivos e artificiais. A nanotecnologia contribui para muitas inovações tecnológicas e contribui para a potencialização da "convergência tecnológica" decorrente do envolvimento de diversas áreas do conhecimento (BERGER FILHO, 2009).

O tema "nanotecnologia" suscita debates e posicionamentos divergentes, e por isso, é importante também apresentar os potenciais riscos oriundos dessa nova tecnologia. Engelmann (2011, 312-313) tem dedicado esforços para mostrar que esta nova ciência também apresenta muitos riscos face a carga de incerteza científica "da maioria dos aspectos positivos e negativos que as nanotecnologias poderão gerar". Como exemplo, o autor cita que os aspectos de causalidade são desconhecidos pela ausência de pesquisas científicas sobre potenciais riscos. Na sua denúncia, Engelmann (2011, p. 313) diz que são poucos os estudos sobre nanotoxicologia e que ainda é necessário "avançar, a fim de trazer aspectos mais seguros e confiáveis em suas conclusões". Para

o autor, "existem muitas variações de nanopartículas e pelas pequenas dimensões, elas podem atravessar membranas celulares, por vezes nucleares, não respeitando barreiras orgânicas" (ENGELMANN, 2011, p. 313).

Em termos de riscos, Andrade (2013, p. 46) alerta que "a exposição aos nanomateriais pode ocorrer em qualquer fase de seu ciclo de vida, desde o seu desenvolvimento, fabricação e uso indo até o descarte".

Como referenciado, no capítulo anterior, o princípio da precaução propugna que diante da incerteza científica a decisão deve ser a favor do meio ambiente e do ser humano. É o que deveria ser aplicado frente ao avanço das nanotecnologias como alertam de Silveira e Santos (2015, p. 02).

> Tendo em vista que os testes toxicológicos ainda são insuficientes para atestar a segurança dos produtos que incorporam de alguma maneira a nanotecnologia e que a gestão de risco resta prejudicada pelas incertezas e complexidades em torno da matéria que resultam também na falta de regulamentação legal, pergunta-se: como promover o direito à saúde e segurança dos consumidores frente à oferta de diversos produtos no mercado de consumo que incorporam a nanotecnologia?

Paralelamente, do outro lado dessa discussão, Catalan (2010, p. 05) diz que "não se pode exigir a paralisação do avanço tecnológico". O autor entende que se for imputado apenas ao fabricante "o dever de suportar danos desconhecidos no processo produtivo" essa imputação "prejudicará o desenvolvimento social ao afastar o empresário das pesquisas, interrompendo ou, no mínimo, diminuindo sua velocidade o processo de inovação tecnológica", o que poderá gerar em consequência uma paralisia no processo de "desenvolvimento e comercialização de novos e necessários produtos" (CATALAN, 2010, p. 08). O autor ainda alega que "não há como internalizar os custos de riscos desconhecidos, o que além de criar 'insegurança para o investidor', inviabilizaria a comercialização de produtos por conta dos elevados preços que potencialmente esses bens atingiriam no mercado" (CATALAN, 2010, p. 05).

Engelmann, Flores e Weyermüller (2010, p. 18) também compartilham com esse dilema: paralisar o avanço tecnológico ou continuar a produzir novos produtos e processos com nanotecnologia sem pesquisas que indicam o tamanho do risco para o meio ambiente e saúde humana? "O problema não são as descobertas em si, mas os seus reflexos na vida das pessoas e na estrutura do planeta" (ENGELMANN; FLORES; WEYERMÜLLER, 2010, p. 18).

Diante dessa premissa, denota-se que o Princípio da Precaução deverá gerir os riscos que ainda não são conhecidos, para que se tenha condições de "evidenciar os custos e benefícios da produção e comercialização dos produtos à base das nanotecnologias" (ENGELAMNN, 2016, p. 113). O que fica evidente é que as pesquisas destinadas a esse fim deverão progredir para constante atualização de metodologias que poderão ser aplicadas. Neste sentido, a aplicação da precaução, nas palavras de Engelamnn (2016, p. 114), deverá ser "vislumbrada a partir de sua 'fluidez normativa' localizando-se além da tradicional classificação entre regras e princípios". O que autor quer dizer é que:

> A sua aptidão normativa é mais aberta, servindo para todos os sistemas que trabalharão em escala nano. Apresenta, ainda, natureza programática, ou seja, a precaução como princípio se situa entre certa possibilidade de adversidade de efeitos ambientais e de saúde e a condução científico-econômica de uma inovação tecnológica. No fundo, a precaução carrega consigo a governança dos riscos, envolvendo: a) A condição do risco: sério ou irreversível; b) A condição de conhecimento: incerteza; c) A dimensão prescritiva: qual a linha? Moral, econômica ou científica = decisão política e não algorítmica, mas social e democrática, exigindo a efetividade do direito à informação de todos os atores envolvidos (ENGELAMNN, 2016, p. 114).

Com base no exposto, é importante admitir que, as nanotecnologias podem representar um bem ou um mal. Refletir sobre estas questões é também compreender que o avanço desenfreado da nanotecnologia sem o acompanhamento de pesquisas científicas, sobre os efeitos da mesma no meio ambiente e na saúde humana, podem levar à triste constatação de que "a potencialidade lesiva do bem só venha a ser descoberta quando o mesmo se encontra em circulação" (CATALAN, 2010, p. 04). Diante da "prematuridade de informações a respeito dos potenciais efeitos e riscos que poderão resultar do emprego das nanotecnologias para o ser humano e para o meio ambiente, a inserção de produtos *nanotechs* no mercado de consumo deve estar condicionada ao agir precaucioso" (FLORES; DOSSENA JÚNIOR; ENGELMANN, 2010, p.05).

Um dos motivos para esse agir precaucioso está na "mobilidade das nanopartículas no meio ambiente durante o ciclo de vida e a exposição de seres humanos às mesmas" o que passa a exigir medidas como a "realização de testes de toxicologia, desenvolvimento de instrumentos de medição e métodos de avaliação padronizados, colocação de rótulos contendo as devidas informações, etc." (PEREIRA, 2008, p.75).

Morais et al., (2005, p. 05) indicam que quando realizadas pesquisas sobre os potenciais riscos da nanotecnologia essas deveriam ser pautadas por três principais questionamentos: "i] a utilização e o descarte das nanotecnologias podem ser tóxicas aos seres humanos e aos animais? ii] em quais quantidades e condições essas matérias são tóxicas? iii] Quais os cuidados para delimitar ou reduzir os riscos?"

Evidencia-se que em nosso país "inexistem leis e dispositivos capazes de prevenir ou até mesmo abordar peculiaridades dessa nova revolução tecnológica." Não existindo um tratamento legal diferenciado para as nanotecnlogias e os demais produtos oriundos de outras tecnologias (BERGER FILHO, 2009, p.08).

Consoante esse entendimento, denota-se que, a presença da nanotecnologia em diversos segmentos da ciência causa situação de alerta, a inexistência de consenso sobre os impactos sustenta a tendência de garantir a eficácia das normas jurídicas, a fim de criar critérios, permissões e restrições que possibilitem o desenvolvimento de novas técnicas, produtos e processos, mas que devem garantir a dignidade humana.

A IMPORTÂNCIA DA LEGISLAÇÃO/REGULAMENTAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO RESPONSÁVEL DE NANOTECNOLOGIA

Hodiernamente, diante dos riscos, questionamentos e incertezas que permeiam o tema nanotecnologia "surge à necessidade do Direito tutelar a vulnerabilidade do consumidor diante dessa atual realidade. As iniciativas de controle e regulamentação" precisarão ser aprimoradas para garantir ao meio ambiente e à saúde humana meios legais de prevenção e precaução (SILVERA; SANTOS, 2015, p. 05).

As nanotecnologias afetam também o Direito "uma vez que exigirão a tomada de posicionamentos jurídicos e não apenas legalistas" (HOHENDORFF, 20156, p. 10-11). Destarte, há necessidade de se estabelecer "padrões normativos minimamente eficientes, dotado de fundamentações capazes de fornecer parâmetros mínimos para que a colocação de produtos desse tipo, no mercado, seja razoavelmente segura numa sociedade de crescente complexidade" (HOHENDORFF; ENGELMANN; WITTMANN, 2014, p. 154). Particularmente,

> Entre os princípios indicadores que devem ser seguidos para supervisão das nanotecnologias e nanomaterias podem ser citadas: a abordagem; regulamentos específicos obrigatórios; preocupação com a saúde e segurança dos trabalhadores; preocupação com a sustentabilidade ambiental; transparência; participação pública; estudos mais amplos acerca de impactos e a responsabilidade dos fabricantes (HOHENDORFF; ENGELMANN; WITTMANN, 2014, p. 154).

No ordenamento jurídico brasileiro não existem normas específicas e aprovadas que se aplicam às nanotecnologias, "também não está claro se as normas existentes, relativas à proteção do meio ambiente e da saúde humana, são adaptáveis e capazes de enfrentar as incertezas e os riscos" relativos a essa nova tecnologia (ENGELMANN; BERGER FILHO, 2010, p. 06).

> No que diz respeito a normas administrativas de controle dos riscos para o meio ambiente e para a saúde humana, o ordenamento jurídico oferece normas nacionais e internacionais relacionadas ao controle do risco de substâncias tóxicas, organismos vivos ou resíduos que podem implicar indiretamente em limitação às diferentes pesquisas, aplicações e produtos construídos a partir das nanotecnologias. Em nenhum caso, no entanto, essas normas dão o tratamento diferenciado que merecem os riscos e as peculiaridades das nanotecnologias (ENGELMANN; BERGER FILHO, 2010, p. 06).

Para fomentar a discussão em torno do problema proposto, aborda-se o Projeto de Lei nº 5.076/2005, de autoria do Deputado Edson Duarte, que objetiva estabelecer uma Política Nacional de Nanotecnologia no país, além de propor incentivo à pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, indicando ainda o necessário controle, pelo Poder Público dos potenciais riscos e impactos que podem decorrer desta atividade. Entre os princípios destacados no referido projeto estão: (a) Informação e Participação Social, (b) Precaução e Prevenção, (c) Função Social da Propriedade e (d) Cooperação. Contudo, o projeto apresentado foi rejeitado "sob o argumento de que os países que investirem e dominarem a nanotecnologia poderão acessar melhores produtos e serviços e possuirão maiores oportunidades de desenvolvimento econômico e comercial" (SILVEIRA; SANTOS, 2015, p. 05). Diante do argumento é visível o desinteresse em regulamentar o uso e disseminação

da nanotecnologia "sob o pretexto de não atrasar o andamento das pesquisas e assegurar uma vantagem competitiva no desenvolvimento tecnológico do país" (SILVEIRA; SANTOS, 2015, p. 05). Engelmann e Mafaldo (2015, p. 88) também defendem a regulação, assim se posicionando:

> A regulação das nanotecnologias tem como pressupostos dois argumentos chave: 1) as evidências científicas indicando que nanomateriais podem apresentar uma toxidade para a saúde humana e/ou o meio ambiente diferente daquela apresentada pelos mesmos materiais em tamanho maior. 2) para poder comercializar em um mundo globalizado e em crescente liberalização econômica, torna-se necessário homogeneizar a normatização dos produtos.

Observa-se que, também, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 00131/2010, que buscava instituir normas básicas sobre alimentos e tinha como objetivo determinar que "rótulos de embalagens, etiquetas, bulas e materiais publicitários de produtos elaborados com recurso à nanotecnologia contenham informações sobre esse fato", mas o projeto foi arquivado (FERREIRA; SANT'ANNA, 2015, p. 122).

Nessa mesma abordagem, o Projeto de Lei n. 5133/2013, que também dispõe sobre a regulamentação da rotulagem de produtos que fazem uso da nanotecnologia, e o Projeto de Lei n. 6741/2013, que dispõe sobre a Política Nacional de Nanotecnologia, a pesquisa, a produção, o destino de rejeitos e o uso da nanotecnologia no país e dá outras providências, estão em discussão no Legislativo. Ambas as propostas são de autoria do deputado Sarney Filho (FERREIRA; SANT'ANNA, 2015, p. 126).

Importante referenciar que as normas e definições principais dos dois Projetos de Lei de autoria do Deputado Sarney Filho (PL n. 5133/2013 e PL n. 6741/2013) assumem princípios ambientais já consagrados. Como exemplo, cita-se o PL 5133/2013 que defende a efetividade do princípio da informação, evidenciado na redação do art.2° "Na comercialização de produto ou subproduto da nanotecnologia, que contenha, ou seja produzido a partir da manipulação nanotecnológica, o consumidor deverá ser informado sobre o produto" (SARNEY FILHO, 2013). O Deputado Sarney Filho argumenta que:

> A proposta não visa coibir a pesquisa e muito menos a expansão do mercado. O mercado não será inibido e nem vai gastar mais se tiver que informar ao consumidor sobre o que ele está consumindo. É melhor informar, ser transparente, do que criar uma imagem de quem oculta informações (o que contraria a lei existente) (SARNEY FILHO, 2013).

Entre as justificativas para regulação da Nanotecnologia, o autor do Projeto de Lei indica que se deve ao comportamento das partículas, que são diferentes das existentes na natureza, e que não se pode ter certeza dos reais efeitos sobre a saúde humana e o meio ambiente. "Daí a proposta de alguns cientistas para que cada novo produto seja avaliado individualmente" (SARNEY FILHO, 2013).

Nessa premissa, o PL 6741/13 estabelece a aplicação dos princípios: da informação e transparência; da participação social; da precaução; da prevenção; e da responsabilidade social. O referido PL incumbe ao Governo a utilização de instrumentos que estimulem um "cadastro nacional para controle e acompanhamento de projetos de pesquisa, desenvolvimento tecnológico, geração, comercialização e inserção no mercado de nanoprodutos" (SARNEY FILHO, 2013).

De acordo com o Art. 9º do PL 6741/13, "o Poder Público poderá determinar a adoção de planos de monitoramento específicos para processos, produtos nanotecnológicos ou de seus derivados, quando considerar que estes poderão causar danos ao meio ambiente ou à saúde humana ou animal" (SARNEY FILHO, 2013). Portanto, está clara a preocupação com potenciais riscos à saúde e ao meio ambiente e a indicação de como o Poder Público deve agir.

Sarney Filho (2013), enfatiza e justifica que:

> O objetivo da proposta não é coibir as pesquisas ou o mercado. Pelo contrário, considerando os muitos benefícios que a nanotecnologia pode trazer para a humanidade, este projeto pretende estimular o setor. Cada vez mais exigente com relação à transparência das informações e à responsabilidade social das empresas, o consumidor encontra no nanoproduto uma incógnita, a falta de regras gera insegurança na sociedade. Assim, a situação atual de total descontrole não serve nem aos cientistas, nem aos empresários. A supervisão das pesquisas e da produção, na conformidade deste projeto, dará respaldo e credibilidade para o setor, e segurança para mercado.

Cabe esclarecer que a Câmara dos Deputados conta com as contribuições do Comitê Interministerial de Nanotecnologia (CIN) para nortear a propositura de uma nova legislação para o setor. "O CIN foi criado pela Portaria 510, de 10 de julho de 2012, com a finalidade de assessorar os ministérios na integração da gestão, na coordenação e no aprimoramento das políticas, diretrizes e ações voltadas ao desenvolvimento das nanotecnologias no Brasil" (BRASIL, 2012). A responsabilidade do Comitê, segundo o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação são:

> Cabe ao comitê, entre outras atribuições, propor mecanismos de acompanhamento e avaliação de atividades na área, bem como formular recomendações de planos, programas, metas, ações e projetos integrados para a consolidação e a evolução dessas tecnologias no país, indicando potenciais fontes de financiamento e os recursos necessários para apoiar projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação (PD&I) (BRASIL, 2014).

Por outro lado e diante das propostas apresentadas, Jorge Bermudez (ABC, 2015), Vice-Presidente de Produção e Inovação em Saúde da Fundação Osvaldo Cruz, destaca sua preocupação quanto ao risco de "engessar a área de nanotecnologia em uma única legislação ou criar uma norma impraticável em razão da existência de outras regulamentações de agências como Anvisa". Defende que é preciso trabalhar com base em problemas concretos detectados com o desenvolvimento da tecnologia (ABC, 2015).

Sem adentrar no mérito do acima exposto por Jorge Bermudez, o que se entende é que tanto as propostas de PL referenciadas e as discussões já realizadas neste estudo indicam que a probabilidade da existência de riscos no desenvolvimento de produtos com base em nanotecnologia enseja o emprego do princípio da precaução e da solidariedade entre gerações.

Canotilho (2010, p. 28) propõe que o princípio da solidariedade entre as gerações pressupõe "como ponto de partida, a efetivação do *princípio da precaução.* Configurado como verdadeiro princípio fundante da proteção dos interesses das futuras gerações", o princípio da precaução "impõe prioritariamente e antecipadamente a adopção de medidas preventivas e justifica a aplicação de outros princípios, como o da responsabilização e da utilização das melhores tecnologias

disponíveis". O que Canotilho (2010, p. 28-29) quer dizer é que o Direito Constitucional deve acompanhar o esforço da doutrina e internalizar a precaução como princípio para "alicerçar a determinação jurídica dos valores limites do risco ambiental danoso através da exigência da proteção do direito ao ambiente" tendo sempre presente o estado "mais avançado da ciência e da técnica". O avanço da ciência e da tecnologia também deverão auxiliar a colocar limites ao progresso delas resultantes "reforçando os *standards* de precaução e prevenção" (CANOTILHO, 2010, p. 29).

Na mesma linha, Engelmann, Flores e Weyermüller (2010, p. 130) indicam a precaução como princípio se apresenta como "direito fundamental a partir do momento em que determinada pesquisa ou atividade gera riscos desconhecidos à manutenção da vida digna, segura e saudável do ser humano".

As características do risco abstrato: indivisibilidade, globalidade e transtemporalidade, inerentes à sociedade de risco discutidas neste estudo, vêm ao encontro da necessidade de assumir o princípio da precaução em decisões sobre nanotecnologia, princípio este que deverá ser capaz de avaliar e mensurar a potencial magnitude dos riscos abstratos causados pela nanotecnologia (HOHENDORFF; COIMBRA; ENGELMANN, 2013, p. 151-172).

Partindo dessas constatações, denota-se a necessidade de lidar de forma contínua e atenta às "deficiências na legislação, pesquisa e desenvolvimento, e com as limitações na avaliação de risco, gestão e governança das nanotecnologias e outras tecnologias emergentes". Esta postura é necessária "para garantir o desenvolvimento responsável das nanotecnologias" (HOHENDORFF; ENGELMANN; WITTMANN, 2014, p. 156).

Palma (2009, p. 04), elenca alguns procedimentos para realizar o mapeamento e regulação das nanotecnologias, como: (a) identificação dos riscos: "os riscos envolvidos em todos os momentos de exposição a estes materiais, desde a produção, até a limpeza, o estoque e o transporte, devem ser estudados e enumerados"; (b) caracterização dos riscos: sugere-se a "criação de mecanismos de segurança que impedirão a exposição não planejada a estas partículas". Criação de "formas de cuidados específicos para o uso, aplicação e descarte, e instrumentos de atuação em caso de acidentes" (c) Balanço dos benefícios e riscos a longo prazo: Implementação de "protocolos de teste para se examinar os riscos dos nanomateriais para os organismos terrestres, [...] observações de sobrevivência, crescimento e reprodução destes organismos (microorganismos, plantas e animais) " (PALMA, 2009, p. 04). Neste mesmo contexto, Engelmann e Mafaldo (2015, p. 89) complementam que:

> A regulação das nanotecnologias tem como pressupostos dois argumentos chaves: 1) as evidencias cientificas indicando que nanomateriais podem apresentar uma toxicidade para a saúde humana e/ou meio ambiente diferente daquela apresentada pelos mesmos materiais em tamanho maior; 2) para poder comercializar em um mundo globalizado e em crescente liberalização econômica, torna-se necessário homogeneizar a normatização dos produtos.

A luz do exposto, compartilha-se do dizer de Palma (2009, p. 05) que indica a necessidade de "um diálogo maior sobre a nanotecnologia, propiciando a criação de uma legislação eficaz, pautada nos direitos constitucionais a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida". A autora ainda recomenda que as legislações exaradas deverão ser reformuladas

propiciando a contemplação do princípio da precaução "como fundamento e como norma de emprego obrigatório para a tomada de decisões" (PALMA, 2009, p. 05).

Outro ponto importante levantado por Hohendorf, Engelamnn e Wittmann (2014, p. 155) é que não é "apenas o princípio da precaução que deve ser invocado e servir de base na tomada de decisões, mas também o princípio da informação precisa ser mencionado e efetivamente aplicado". A mesma linha de raciocínio é realizada por Matins-Costa (2009, p. 289-290) quando observa que "não há dúvidas de que os deveres de informação constituem uma das mais relevantes traduções de boa–fé na vida social". Portanto, o consumidor tem direito à informação e esse direito de ser informado deve ser assumido pelo Estado, explana-se que o PL 5133 é um exercício do direito à informação.

Neste complexo quadro também deve ser observado que a criação de regulamentos/normas específicas não deve ser restrita, devido a "ausência de metodologia criada consensualmente para aferir os efeitos nanotoxicológicos dos produtos fabricados à base da escala nano e pela dificuldade de saber o número de nanopartículas que já foram desenvolvidas pela ação humana" (ENGELMANN; MAFALDO, 2015, p. 87).

Destarte, clama-se pela necessidade de controle e disposição das nanotecnologias, no qual se vincule o direito à informação, "no qual se inclua as medidas a devem ser tomadas em caso de acidentes, a rotulação de produtos compostos por nanomateriais e a divulgação pública da análise de riscos e do estudo prévio de impacto ambiental", garantindo que as "pesquisas serão feitas de modo cauteloso, propiciando à sociedade, a confiança de uma vida mais segura e saudável" (PALMA, 2009, p. 06).

A lacuna em relação à informação à sociedade é levantada novamente por Engelmann (2016, p. 119) ao dizer que:

> Os produtos com nanotecnologias estão sendo comercializados e consumidos sem que se saiba exatamente os seus efeitos em relação ao organismo humano e ao meio ambiente. [...] A sociedade tem o direito subjetivo de receber todas as informações, a fim de se posicionar sobre o assunto e estar em condições de consumir os produtos ou não (ENGELMANN, 2016, p. 119).

Em referência ao exposto percebe-se a necessidade de efetivar a informação aos consumidores, visto que a aplicação de novas tecnologias vem ao encontro de questões éticas, sociais e políticas. Fundamenta-se destacando que:

> O modelo desencadeado pelo diálogo entre as fontes dos direitos pode formatar respostas jurídicas que estejam em consonância com as regras não legislativas que estão em fase de produção no cenário internacional, (..). para asseguram a adequação das respostas jurídicas aos princípio, valores e objetivos dos países do bloco em estudo, além de garantir a legitimidade a juridicização desenvolvida. Com amparo no princípio da precaução será possível enfrentar um déficit de participação popular nas decisões que envolvem as "coisas da ciência", desde que o sistema político e o sistema da ciência consigam mostrar e conscientizar a importância de se atentar para o exercício do direito à informação (ENGELMANN, 2016, p. 119).

Por outro lado, cabe destacar a omissão da mídia no que tange os riscos desencadeados por novos produtos e a degradação ambiental ocasionada pelo descarte e decomposição desses materiais, embora haja grande destaque para a evolução e avanço da ciência é plausível que o direito à informação seja vinculado às consequências sociais e ambientais. Essas consequências se divulgadas poderão causar "uma oposição à produção destes ou até uma rejeição ao consumo dos mesmos" (PEREIRA, 2008, p. 73-82).

No Brasil, muitos investimentos do Ministério da educação/Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (MEC/CAPS) e do Ministério da Ciência e Tecnologia/Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (MCT/CNPQ), vêm sendo aplicados na desmistificação da nanotecnologia formando redes de pesquisa por todo o País e fomentando a pesquisa e o desenvolvimento de nanotecnologia para avaliar os reais efeitos e possíveis toxidades, com base nessas pesquisas será possível definir uma legislação específica aos produtos desenvolvidos por meio de nanomateriais (MORAIS et al., 2015, p. 430).

> No Brasil, o assunto ainda é discutido quase exclusivamente pelo seu viés econômico. Considerações a respeito de aspectos éticos, sociais e ambientais ainda são incipientes. Existem programas governamentais de incentivo ao desenvolvimento da nanociência e da nanotecnologia, mas todos visando o aumento da competitividade da indústria nacional. Sabe-se que produtos nanotecnológicos já estão sendo aqui desenvolvidos, fabricados, comercializados e consumidos e a sociedade sequer tem conhecimento de quais são estes produtos e que consequências o consumo dos mesmos pode trazer. O estado brasileiro, embora tenha conhecimento das incertezas e dos riscos, mantém-se omisso e mais preocupado com as oportunidades. Não existe legislação específica sobre a matéria, que é tratada basicamente por resoluções (PEREIRA, 2008, p. 73-82).

Cabe destacar que a regulação das nanotecnologias vincula-se ao instituto da Responsabilidade e destina-se à precaução e prevenção para assegurar o desenvolvimento de novas descobertas cientificas. De fato, "a responsabilidade civil, dentro do cenário desafiador da nanotecnologia, talvez deverá mudar de configuração, passando a exercer uma função educativa e de cuidado, promovendo a precaução/prevenção do risco" (BORGES; GOMES; ENGELMANN, 2014, p. 31). Berger Filho (2009) registra que:

> No caso de liberação de nanopartículas no meio ambiente, diversos estudos recomendam que não deve ser adiada a intervenção direta do Estado na criação de instrumentos de gestão de riscos que podem englobar: a) o fomento à pesquisa dos impactos indesejados no meio ambiente e na saúde humana de tais resíduos, b) o monitoramento dos riscos, c) a limitação das atividades de pesquisa, comércio e uso de nanopartículas e nanoprodutos, conforme as condições de incerteza e gravidade dos riscos potenciais, d) a proibição da liberação de certas nanopartículas no meio ambiente (BERGER FILHO, 2009).

A doutrina faz referência a auto-regulação de riscos potencias por organizações privadas "(institutos de pesquisa, empresas, organizações não governamentais, instituições responsáveis pelo estabelecimento de normas técnicas e por certificar a conformidade com os padrões exigidos)", já que estamos diante de lacunas e incerteza científica dos impactos da nanotecnologia (BERGER FILHO, 2009).

> Para que a regulação tenda a ser bem-sucedida torna-se necessário que os programas autorregulativos concretos do direito 'coincidentemente' coevoluam com os programas de regulação autônoma concretos oriundos dos demais sistemas sociais (WITTMANN, 2015, p. 99).

Do exposto, pode-se dizer que inegavelmente será necessário um alto investimento em pesquisa para que se possa prever o comportamento de nanopartículas no meio ambiente. O que se percebe na atualidade é que não há muita receptividade para instigar a criação de uma legislação ambiental aplicada às nanotecnologias pelo sistema político e científico. A função destes dois sistemas ainda é de uma posição moderadora, uma vez que não há interesse político e econômico em limitar esse avanço (MORAIS et al., 2015, p. 415-434).

Pela leitura da doutrina, percebe-se que o objetivo não é a certeza absoluta, uma vez que "essa não existe na natureza, na ciência ou no direito", o foco está na dúvida acerca do dano futuro e neste contexto clama-se pela precaução, onde o "cálculo precoce dos potenciais perigos para a saúde ou para a atividade de cada um, quando o essencial ainda não surgiu" (PEREIRA, 2008, p. 73-82).

> Mais uma vez é necessário ressaltar: não se trata de querer evitar o progresso. O que se quer é que o assunto seja tratado como de interesse social. Que o poder Público tome conhecimento do problema estabeleça uma legislação, fiscalize o cumprimento das normas e exija que a sociedade seja informada (PEREIRA, 2008, p. 73-82).

Por fim, a posição adotada neste estudo é de adotar os ensinamentos de Hans Jonas (2006) ao indicar a adoção do princípio responsabilidade, não para paralisar o progresso científico, mas para que a ciência caminhe com mais cautela e também invista recursos e pesquisas para observar os riscos das nanotecnologias no meio ambiente e na saúde humana. Como demonstrado neste estudo, o desenvolvimento de produtos e processos com nanotecnologia estão contribuindo muito para a melhoria da qualidade de vida da população, mas há que se ter cautela e prudência para avançar com responsabilidade para que o preço que as gerações futuras tenham que pagar não seja alto demais. Assim, concorda-se com as preocupações apresentadas neste estudo de que é necessário elaborar um marco regulatório com políticas claras para o desenvolvimento das nanotecnologias observando o princípio da prevenção, da precaução, da responsabilidade, da equidade intergeracional e da informação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando os fatos e os argumentos expostos, verifica-se que o ordenamento normativo brasileiro mostra-se insuficiente para nortear e regular o processo de industrialização com a força necessária para tutelar a atual conjuntura de contingências e riscos. No que tange ao Direito Ambiental, é possível mencionar que ele evolui gradativamente. A pesquisa evidenciou que a produção e o consumo na atual escala são incoerentes com a perpetuação da vida na terra. É nesse contexto que a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução surgem como medidas indispensáveis à ordem ecológica e econômica.

A precaução não dispensa a avaliação dos riscos, diferentemente da prevenção, que tem os perigos concretos e previamente delimitados. O princípio da precaução relaciona-se com riscos abstratos/potenciais, que ainda não são suficientemente demostrados ou conhecidos. O princípio da precaução opera com a inversão do ônus da prova, impondo ao agente causador o ônus da prova.

No Direito, de regra, o dano é reparado após sua ocorrência, quando se tem a delimitação do dano, a causa e os agentes responsáveis. Contudo, com as nanotecnologias, ainda não é possível mensurar essa delimitação. Sendo assim, para minimizar possíveis sinistros ambientais, são necessários mecanismos jurídicos de prevenção, controle e observação, para garantir a tutela dos direitos difusos e possibilitar a avaliação das prováveis consequências às futuras gerações.

Como resultados, pode-se dizer que, devido ao desconhecimento da extensão e da aplicação da nanotecnologia, é preciso operar com o princípio da precaução, porque decisões antecipadas são necessárias frente ao cenário de ameaças e incertezas advindas do crescimento econômico e da globalização, designando uma nova obrigação aos juristas: criar mecanismos de controle que contemplem e tutelem as ações intrínsecas à existência humana que, sob a ótica normativa, poderão causar aos ecossistemas e aos recursos renováveis danos irreversíveis. A inexistência de leis e dispositivos que regulamentem a evolução da nanotecnologia e os possíveis riscos aos organismos expostos a esses materiais manipulados trazem reflexos para as gerações presentes e futuras, bem como poderão significar a segmentação e a privatização da ciência por grandes empresas à luz do direito de propriedade intelectual. Dessa forma, será preciso ponderar a regulamentação jurídica dessa questão, considerando que não poderá haver uma restrição que delimite o avanço de novas descobertas. Destarte, é preciso haver um processo de amadurecimento para que haja a avaliação dos potenciais riscos e para que seja possível proteger esse direito fundamental do homem.

Partindo dessas constatações, denota-se a necessidade de lidar de forma contínua e atenta com as "deficiências na legislação, pesquisa e desenvolvimento, e com as limitações na avaliação de risco, gestão e governança das nanotecnologias e outras tecnologias emergentes" (HOHENDORF; ENGELAMNN; WITTMANN, 2014, p. 156). Essa postura é necessária para garantir o desenvolvimento responsável das nanotecnologias.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS (ABC). **Ciência quer equilíbrio entre conhecimento e legislação da nanotecnologia.** Publicado em: 03 jul.2015. Disponível em: <http://www.abc.org.br/article.php3?id_article=4244>. Acesso em: 03 maio 2017.

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL (ABDI). **Nanotecnologias:** subsídios para a problemática dos riscos e regulação. 2011. Disponível em: <http://www.abdi.com.br/Estudo/Relat%C3%B3rio%20Nano-Riscos_FINALreduzido.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

ALVARES; Mariell Antonini Dias. Princípio da precaução como instrumento adequado para resolução dos problemas ambientais de segunda geração. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 71, jul. /set. 2013, p. 35-52. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000015 3e6473e4334cf4655&docguid=If95e9450c82011e2a347010000000000&hitguid=If95e9450c82011e2a34701 0000000000&spos=15&epos=15&td=51&context=40&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 05 abr.2017.

ANDRADE, Luis Renato Balbão. **Sistemática de ações de segurança e saúde no trabalho para laboratórios de pesquisa com atividades de nanotecnologia**. 2013. 257 f (Tese de Doutorado). Escola de Engenharia – Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/96396/000915100.pdf?sequence=1>. Acesso em: 17 abr. 2017.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental:** Uma abordagem conceitual. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do Ambiente na União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org).. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERGER FILHO, Airton Guilherme. Nanotecnologia e o princípio da precaução na sociedade de risco. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v.1. 2009. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34585550/Nanotecnologia_e_o_principio_da_precauca o_na_sociedade_de_risco_-_Ambiental_-_Ambito_Juridico.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1476363414&Signature=3jdNC5e vjwEhtYVGkpjS8%2FmYo8E%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DNanotecnologia_e_o_principio_da_precauca.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2017.

BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.6, n. 12, Jul./Dez., 2009. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/19>. Acesso em: 23 abr. 2017

BORJES, Isabel Cristina Porto; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade civil e nanotecnologias**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, **Portaria Interministerial n. 510, de 9 de Julho de 2012.** Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_23491756_PORTARIA_INTERMINISTERIAL_N_510_DE_9_DE_JULHO_DE_201 2.aspx>. Acesso em: 04 maio 2017.

BRASIL. Ministério da Ciência e Tecnologia**.** Comitê de Nanotecnologia aprova adesão do Brasil ao NanoReg. **Portal Brasil**, 27 ago, 2014. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/ciencia-e-tecnologia/2014/08/comite-de-nanotecnologia-aprova-adesao-do-brasil-ao-nanoreg>. Acesso em: 09 maio 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org).. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraivas, 2010.

CARVALHO, Delton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CATALAN, Marcos. O desenvolvimento nanotecnológico e o dever de reparar os danos ignorados pelo processo produtivo. **Revista de Direito do Consumidor.** v. 74, jun. 2010, p. 113-153. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014f99762a9d6f247804&docguid=Icb9f8c302d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Icb9f8c302d4111e0baf30000855dd350&spos=1&epos=1&td=1&context=50&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 maio 2017.

CAVALIERI Filho, Sergio. **Programa de Responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias e a gestão transdisciplinar da inovação. In: ENGELMANN, Wilson (oOg)..**As novas tecnologias e os direitos humanos:** os desafios e as possibilidades para construir uma perspectiva transdisciplinar. Curitiba: Honoris Causa, 2011.

ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um fator de aproximação democrática dos países da América Latina: em busca de modelos regulatórios. In: ENGELMANN, Wilson; SPRICIGO, Carlos M. **Constitucionalismo Democrático na América Latina**: Desafios do século XXI. Curitiba: Multideia, 2016.

ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. **Nanotecnologias, marcos regulatórios e Direito Ambiental**. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

ENGELMANN, Wilson; PULZ, Ronei Leonardo. As nanotecnologias no panorama regulatório: entre a ausência de regulação estatal específica e a necessidade de harmonização regulatória não estatal. **Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, año 17, n. 33, p. 151-181, Primer semestre de 2015, p. 154-156.

ENGELMANN, Wilson; BERGER FILHO, Airton Guilherme. As nanotecnologias e o direito ambiental: a mediação entre custos e benefícios na construção de marcos regulatórios. **Revista de Direito Ambiental**. v 59, Set. 2010. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000014f9984e3385979542e&docguid=Ia3cd3ee03e5e11e09ce30000855dd350&hitguid=Ia3cd3ee03e5e11e09ce30000855dd350&spos=6&epos=6&td=6&context=51&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 maio 2017.

ENGELMANN, Wilson; MAFALDO, Camila. Nanorregulação – Condições e Possibilidades para a sua estruturação In: ENGELMANN, Wilson (Org). **Nanocosméticos e o Direito à Informação**. Rio Grande do Sul: Deviant, 2015.

FERREIRA, Aldo Pacheco; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. A nanotecnologia e a questão da sua regulação no Brasil: Impactos à saúde e ao Ambiente. **Revista Uniandrade**. v.16, n. 3, p.119-128, 2015. DOI: http://dx.doi.org/10.18024/1519-5694/revuniandrade.v16n3p119-128>. Acesso em: 03 maio 2017.

FLORES, André Stringhi; DOSSENA JUNIOR, Juliano; ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologias e código de defesa do consumidor: um olhar a partir do princípio da precaução. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo. v. 19, out./dez. 2010, p. 152–175. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad60079000001547bc6575a64b81e9d&docguid=I1cbdf0603e5f11e09ce30000855dd350&hitguid=I1cbdf0603e5f11e09ce30000855dd350&spos=1&epos=1&td=1&context=59&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 29 abr.2017.

FORNASIER, Mateus de Oliveira. O óbice da falta de conhecimento contra a efetividade do princípio constitucional da participação democrática na regulação do risco nanotecnológico. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 91, abr./Jun. 2015 p. 425- 456. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000156a80bc3dc8088f708&docguid=Ifd682c9013fb11e5af3d010000000000&hitguid=Ifd682c9013fb11e5af3d010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 05 maio 2017.

FREITAS MARTINS, Ana Gouveia e. **O princípio da precaução no direito do ambiente**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 31, jul./Set. 2003. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001547c63ddfa617f6e4f&docguid=I392db0e0f25211dfab6f010000000000&hitguid=I392db0e0f25211dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=10&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 28 abr.2017.

HOHENDORFF. Raquel Von. Revolução nanotecnólogica, riscos e reflexos no Direito: os aportes necessários da Transdiciplinariedade. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org). **Direito Humanos e Novas Tecnologias**. São Paulo: Paco Editorial, 2015.

HOHENDORFF. Raquel Von; COIMBRA, Rodrigo; ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias, os riscos e as interfaces com o direito à saúde do trabalhador. **Revista de Informação Legislativa**. v. 53, n. 209, 2013, p. 151-172. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520003/001063229.pdf>. Acesso em: 03 maio 2017.

HOHENDORFF. Raquel Von; ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian. **Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil:** A gestão dos riscos a partir do diálogo entre as fontes do Direito. Curitiba: Jaruá, 2014.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade** – ensaios de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução do original alemão de 1979 por Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. São Paulo: Forence, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática. 7. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEITE, José Rubens Morato; VENÂNCIO, Marina Demaria; O dano moral ambiental na perspectiva da jurisprudência do STJ: Uma nova hermenêutica ambiental na sociedade de risco. **Revista de Direito ambiental**; São Paulo, n. 74, abr./jun. 2014, p. 115-137. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014f996128645f2a9b09&docguid=Id05f2a80282b11e49147010000000000&hitguid=Id05f2a80282b11e4914701000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=9&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 maio 2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme; O princípio da precaução e a avaliação de riscos. **Revistas dos Tribunais**, São Paulo, v. 856, fev, 2007. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000000153e674009dd39fdad6&docguid=I4da00650f25111dfab6f010000000000&hitguid=I4da00650f25111dfab6f010000000000&spos=16&epos=16&td=51&context=165&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 05 abr. 2017.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental**. 5. ed. São Paulo: Verbo Jurídico. 2008.

MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. Ação indenizatória. Dever de informar o fabricante sobre os riscos do tabagismo. In: ANCONA, Lopes (Org).. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 812, 2009, p. 289-290.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MILARÉ, Édis; SETZER, Joana; Aplicação do Princípio da Precaução em áreas de incerteza científica. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v.41, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000153e6515321af45bac0&docguid=I4b8d8490f25211dfab6f010000000000&hitguid=I4b8d8490f25211dfab6f010000000000&spos=33&epos=33&td=51&context=144&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 05 abr. 2017.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2. ed. e atual. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MORAIS, João Paulo Saraiva et al., **Direito ambiental aplicado à nanotecnologia**. Embrapa Instrumentação. Brasília. v. 2, 2015. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-publicacoes/-/publicacao/1022594/direito-ambiental-aplicado-a-nanotecnologia>. Acesso em: 13 abr. 2017.

MOTA, Mauricio; Princípio da Precaução no Direito ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. **Revista de Direito Ambiental,** São Paulo, v. 50, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000153e6515321af45bac0&docguid=I4678fb80f25511dfab6f010000000000&hitguid=I4678fb80f25511dfab6f010000000000&spos=22&epos=22&td=51&context=113&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 05 abr.2017.

NARDY, Afrânio. A recuperação da geograficidade dos grupos sociais como pressuposto de plena afirmação do princípio da precaução. In: SAMPAIO, J.A.L; WOLD, C.; NARDY, A (Org).. **Princípio de direito ambiental na dimensão internacional comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento** Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2017.

PALMA; Carol Manzoli. Perspectivas para a regulamentação da nanotecnologia no Brasil: uma abordagem jurídico-ambiental sobre o conteúdo da análise de riscos. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 55, jul./set. 2009, p. 15-24. Disponível em:< http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000015743e453ab74730449&docguid=I6621dea0f25211dfab6f010000000000&hitguid=I6621dea0f25211dfab6f010000000000&spos=8&epos=8&td=18&context=46&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 abr..2017.

PEREIRA, Marlene de Paula. Direito ambiental e nanotecnologia: implicações éticas, sociais e jurídicas. **Revista Jurídica UNIJUS.** Minas Gerais. v. 1, 2008. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_14.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2017.

SARNEY FILHO, José. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 5133/2013**. Regulamenta a rotulagem de produtos da nanotecnologia e de produtos que fazem uso da nanotecnologia. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567257>. Acesso em: 04 maio 2017.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANTOS Queila Rocha Carmona dos**.** Os potenciais riscos das nanotecnologias. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 97, fev. 2015, p. 362-391. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014f997724d25f2aa7fa&docguid=Ia6066560a91211e4949b010000000000&hitguid=Ia6066560a91211e4949b010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=61&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 23 abr. 2017.

SOUZA, Adriano Andrade de. A soja transgênica e o princípio da precaução: aspectos da sociedade do risco no Brasil. **Revista de Direito Privado,** São Paulo v. 12, n. 47, jul./set. 2011, p. 15-31. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000000153e6515321af45bac0&docguid=I2c789800ef1411e0b3bd00008558bb68&hitguid=I2c789800ef1411e0b3bd00008558bb68&spos=25&epos=25&td=51&context=83&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 05 abr.2017.

SOUZA, Júpiter Palagi de; SOUZA, Larissa Oliveira Palagi. Princípio da precaução: pesquisas biotecnológicas, mudanças climáticas, disputas econômicas e organismos geneticamente modificados. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 59, Jul./Set. 2010. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000001547cd8316caf28ffe9&docguid=Ia3699b103e5e11e09ce30000855dd350&hitguid=Ia3699b103e5e11e09ce300008 55dd350&spos=1&epos=1&td=1&context=23&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 05 maio. 2017.

WALDMAN, Ricardo Libel; ELIAS, Luiz Augusto da Veiga. Responsabilidade e antecipação: o regramento da inovação na civilização tecnológica. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, n. 67 jul./set. 2012, p. 71-86. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000154cb4caf3cfc8e97ef&docguid=Ic933c840e76611e1af00010000000000&hitguid=Ic933c840e76611e1af0001000000 00000&spos=1&epos=1&td=5&context=185&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 05 jun.2016.

WEYERMÜLLER, André Rafael. **Direito Ambiental e Aquecimento Global**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WITTMANN, Cristian. Autorregulação e nanotecnologias: da fragilidade do Estado para além dele. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org).. **Direitos Humanos e Novas Tecnologias**. São Paulo: Paco Editorial, 2015.

A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO

Camila Pretto Rostand Prates[1]
Marcus Vinicius Madeira[2]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho estabelece-se no âmbito do direito constitucional comparado e encontra-se introduzido em um contexto jurídico, político, social e filosófico. A abordagem do tema se mostra amplamente relevante, na medida em que versa sobre um princípio primordial à ordem jurídica luso-brasileira que, se violado, acaba por prejudicar todo sistema jurídico. Igualmente, compreende-se que, entre Brasil e Portugal, alguns fatores, como as semelhanças entre os sistemas jurídicos e a diferença cultural, tenham gerado interesse por investigar o princípio da separação de poderes na experiência lusófona.

Assim, como objetivo tem-se a análise da evolução histórica, política e constitucional deste princípio, comparando o tratamento constitucional dado aos poderes do Estado nas constituições de Portugal e Brasil considerando a aplicação de possíveis mecanismos de freios e contrapesos.

Para a consecução de tal intento, faz-se necessária a investigação do tema em duas partes, procedendo-se, inicialmente, a análise do conceito e da origem do princípio da separação de poderes. Posteriormente busca-se uma análise histórico-comparativa da aplicação do princípio da separação de poderes nas constituições do Brasil e de Portugal abordando suas diferenciações e suas principais aplicações, finalizando com uma investigação significativa do referido princípio na Constituição Portuguesa de 1976 e na Constituição Brasileira de 1988.

Metodologicamente o presente artigo baseia-se nos modos histórico, comparativo e analítico. Ademais, para a exploração do tema proposto são utilizadas pesquisas bibliográficas e doutrinárias, com base em artigos e teses relativas ao tema, sendo, também, utilizada a pesquisa documental como instrumento para análise do problema proposto no presente estudo. Os níveis de pesquisa desenvolvidos no artigo são descritivos no que compreende a análise e interpretação do princípio da separação de poderes. Do mesmo modo, o caráter explicativo da pesquisa permite que sejam aprofundados os estudos na área de filosofia constitucional e da teoria da constituição, a fim de compreender e definir com clareza tal evolução não apenas na Constituição Brasileira, mas também na Portuguesa.

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: camilaprates@hotmail.com.
[2] Mestre em Direito pela UFRGS. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: marcusmadeira@feevale.br.

A SEPARAÇÃO DE PODERES COMO INSTRUMENTO DE ENGENHARIA CONSTITUCIONAL

ANTECEDENTES E EVOLUÇÃO HISTÓRICO-METODOLÓGICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

De acordo com Nuno Piçarra (1989), a tese da separação de poderes como a história da evolução da limitação do poder político remonta de início, à Grécia e Roma Antiga. Acerca desta perspectiva, Jorge Miranda (1997, p. 55) aduz que o poder político foi objeto de discussão pela primeira vez na Grécia Antiga: "Nela se encontram matrizes do pensamento político ocidental, tanto filosófico como científico. Nela surgem os primeiros quadros classificatórios de sistemas políticos".

Neste ínterim, Marcelo Figueiredo Santos (1993) explica que, historicamente, a primeira base teórica da separação dos poderes foi esboçada na Antiguidade Grega por Aristóteles, identificando três poderes essenciais que resultavam em um Estado próspero.

No entanto, é pertinente ressaltar que a grande contribuição do filósofo grego para o princípio da separação de poderes foi a distinção das funções do governo, além de destacar os perigos de concentrar os poderes a um só ente. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari (2013, p. 78) refere que a origem da separação de poderes deve-se as ideias de Aristóteles, o qual considerava perigoso conferir todo o poder a apenas um indivíduo. Desta forma, o autor conclui que "a concepção moderna da separação de poderes não foi buscar em Aristóteles sua inspiração, tendo sido construída gradativamente, de acordo com o desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos político-sociais".

Ademais, Maurice J. C. Vile (1998) aduz que o pensamento da Era Antiga contribui de forma significativa para o Estado de Direito, enfatizando a necessidade de regras de direito para conduzir o Estado, dando-lhe estabilidade e garantindo igualdade de justiça a todos.

Posteriormente à organização política medieval, passa a predominar o regime absolutista na Europa, e como bem ensina Nelson Saldanha (2010), a origem da definição do absolutismo corresponde à ideia de um poder exercido à solta, sem controles, sem vínculos e sem limites, cabendo contrapor o absolutismo à democracia. Com base nisso, Paulo Bonavides (2014) pondera que era possível observar o esgotamento do poder político excessivo pesando sobre as camadas sociais da monarquia absolutista na Europa Continental, de mencionar-se principalmente na França.

Na Inglaterra, no século XVII, durante a Guerra Civil, o Monarca e o Parlamento se enfrentavam pela primeira vez disputando o poder do Estado através da Revolução Puritana. O conflito teve início quando o rei da Inglaterra, que não aceitava a intervenção dos parlamentaristas e, sob autoritarismo, passou a governar motivado pelos seus próprios interesses (BOTALLO, 2007).

Ocorre, nesse período, uma profunda discussão sobre a constituição do Estado, ressaltando, principalmente, a necessidade de uma constituição escrita com fins de fixação do princípio da separação de poderes. Posteriormente, a guerra civil cessou e, com a dissolução do Parlamento em 1653, instalou-se a Ditadura de Cromwell, bem como houve a edição do *Instrument of Government* (Instrumento do Governo), o qual foi considerado, por muitos doutrinadores, um protótipo da futura Constituição norte-americana e o primeiro exemplo da Era Moderna de uma constituição escrita. No referido documento, criou-se uma espécie de separação dos poderes com a finalidade de coibir

os abusos dos governantes, prevendo "um chefe de Estado eleito e vitalício, o Lorde Protetor, com um Conselho Protetorado, composto de, no mínimo vinte e um e, no máximo, trinta membros (art. 1-3) e, um Parlamento eleito (art. 9-10)". Isto posto, foi possível verificar a primeira prática da separação dos poderes na Inglaterra realizada por Cromwell através do *Instrument of government* (RIBEIRO JUNIOR, 2001, p. 276).

O século XVII foi caracterizado pelas tensões entre o Parlamento e a Coroa que resultaram na Revolução Gloriosa de 1688 a 1689. Tal revolução consolidou "o princípio da supremacia política do Parlamento inglês, em um regime pautado pelo respeito aos direitos individuais" (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 60).

Nesse contexto, em 16 de dezembro de 1689 foi aprovado pelo Parlamento o *Bill of Rights* que, dentre outras determinações, assegurava aos cidadãos "julgamento por júri popular [...], condenava as fianças excessivas, as punições cruéis e as multas exorbitantes, e proibia o Rei de suspender a execução das leis ou de lançar impostos sem autorização parlamentar" (BOTTALLO, 2007, p. 32).

É nesse clima conturbado que é originado o princípio da separação de poderes, sendo este um instrumento que surgiu com a finalidade de combater o poder absoluto e desenfreado, em oposição ao arbítrio, e a favor do poder limitado, em proteção da liberdade, técnica e bem do Estado (STRECK; OLIVEIRA, 2013). Assim, foi esse ambiente que inspirou o inglês John Locke a desenvolver uma teoria de governo limitado através da qual buscava justificar o regime parlamentar britânico estabelecido (BOTTALO, 2007).

Por conseguinte, Marcelo Figueiredo Santos (1993) refere que Locke procurou combater o absolutismo, bem como assegurar os princípios da liberdade política da Revolução de 1688. Assim, a teoria da separação de poderes é demonstrada conjuntamente com a idealização da supremacia legislativa, conquistada durante a Revolução Gloriosa pelo Parlamento.

De fato, em sua obra, Locke (1998) expõe a ideia de constituição do Estado, na qual os indivíduos seriam absolutamente livres para deliberar suas atitudes, dispor de suas pessoas e de seus bens, inseridos nos limites do direito natural. Portanto, Locke isolou o Estado em três esferas: o Poder Legislativo, que deve se ocupar em descrever as ofensas, prever a reparação e a pena; o Poder Executivo, o qual deve fazer cumprir as leis e tudo que lhe convenha para a proteção dos interesses particulares; e o Poder Federativo, que seria o responsável por promover a paz ou a guerra (FERREIRA FILHO, 2010). Ademais, conforme Lenio Streck e Fabio de Oliveira (2013), para Locke, o governante possui, ainda, a prerrogativa de, em determinados casos, agir em nome do bem comum, atuando em momentos que a lei silencia.

Cumpre salientar que, na teoria formulada por Locke, diferentemente do modelo de Montesquieu, o Poder Judiciário não possuía autonomia, tendo em vista que estava vinculado ao Poder Executivo e, por conseguinte, ao rei (BIELSCHOWSKY, 2012).

Contudo, apesar dessa divisão tripartite elaborada por Locke (1998, p. 503-505), ele concebe o Poder Legislativo como o poder supremo da sociedade política, sendo, portanto não apenas superior aos demais, mas, também, "sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade o tenha antes depositado; tampouco pode edito algum de quem quer que seja [...]. O poder do Legislativo, em seus limites extremos, limita-se ao bem público da sociedade [...]".

Assim, na teoria de Locke, a divisão de poderes justifica-se em virtude da fragilidade humana, uma vez que se os mesmos que criam as leis passam a executá-las, haverá uma grande tentação de que acondicionem tais regramentos legais aos seus interesses próprios (STRECK; OLIVEIRA, 2013).

Considerando os estudos do filósofo inglês John Locke sobre o pensamento jurídico em geral, Carlos Ayres Britto (2011) ensina que ao fim do século XVII, houve uma maior compreensão no pensamento jurídico universal, no sentido de que não é possível manter o respeito aos direitos naturais da pessoa humana, nem liberdades políticas, se as funções do Estado permanecerem distribuídas em apenas um só órgão.

No entanto, cabe ressaltar a divergência acerca da autoria da tese de separação de poderes, uma vez que há os que consideram Locke o autor original da referida doutrina, enquanto outros atribuem a Montesquieu essa autoria, considerando Locke um mero precursor. Essa controvérsia, de acordo com Nuno Piçarra (1989), resulta da compreensão que se tinha sobre o que era a verdadeira (ou pelo menos a originária) teoria da separação dos poderes.

Por conseguinte, as ideias do pensamento político inglês, sobretudo de Locke, influenciaram na forma como Montesquieu concebeu sua teoria de separação de poderes na obra, *O Espírito das Leis* (FERREIRA, 2014). Assim, a ideia que preponderou foi a de que a separação dos poderes, como doutrina política, teve sua origem na obra de Montesquieu. Sua teoria foi a que encontrou maior difusão e aceitação nos ordenamentos contemporâneos e fora baseada na tripla divisão do poder estatal: o Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Dessa forma, havia uma função típica para cada um, não sendo permitido a um único órgão exercer funções de legislar, julgar e executar como se observava no regime do absolutismo (CARVALHO, 2015).

De tal maneira, Montesquieu tinha como objetivo criar meios que assegurassem a liberdade dos cidadãos, tornando claro que seu propósito era a descoberta de leis que formassem a liberdade política e as formas das sociedades humanas. Isso porque, levando em consideração o tempo e espaço da obra *Do Espírito das Leis*, resta evidenciado que o filósofo expressa sua aversão ao absolutismo, pois neste, as três funções estavam concentradas nas mãos do soberano, o qual ignorava as liberdades fundamentais da população (BOBBIO, 1998).

Por derradeiro, vale mencionar que é por esse motivo que se atribui a Montesquieu a consagração da Teoria da Separação de Poderes, tendo em vista que, por mais que tenha se inspirado no sistema político inglês, diferentemente dos outros filósofos, ele foi o primeiro a prever "as técnicas da liberdade e os instrumentos de sua proteção, que foram compendiados no princípio da separação e equilíbrio de poderes do Estado" (BARBOSA, 2006, p. 05).

Os dizeres de James Madison, Alexander Hamilton, John Jay (2003, p. 298-299) em sua obra *O Federalista* ponderam essa questão sobre em que sentido é essencial à liberdade a separação dos três poderes:

> O oráculo sempre consultado e sempre citado nessa matéria é Montesquieu. Se ele não é autor do inestimável preceito de que falamos, pelo menos foi ele quem melhor o desenvolveu e quem o recomendou de uma maneira mais efetiva à atenção do gênero humano.

Assim, uma das grandes contribuições que Montesquieu (2008) faz ao referido princípio se dá ao afirmar que todo homem que detém poder tende a abusar dele. Contudo, este abuso vai até onde lhe depararem limites e, para que não haja abuso deste poder, necessário se torna organizar a sociedade de tal forma que um poder contenha o outro.

De acordo com Paulo Bonavides (2014), ao discorrer acerca da distinção dos poderes descritos pelo jurista francês, o Poder Legislativo identifica-se como aquele que abrange a elaboração das leis e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Já o Poder Executivo seria competente para a promoção da política externa, sendo detentor do poder de fazer a paz ou a guerra, de enviar e receber embaixadas, bem como de manter a segurança e prevenir invasões. E, por último, o Poder Judiciário teria na sua esfera de competência a punição de delitos e o julgamento dos litígios entre particulares. Entretanto, cabe ressaltar que o mais significativo da teoria de Montesquieu não é apenas a identificação dos três poderes independentes, mas, principalmente, a limitação destes, evitando a concentração de todo o poder do Estado nas mãos de um soberano, contrapondo ao regime Absolutista.

Norberto Bobbio (1995) refere que Montesquieu expressa, em sua obra, as relações entre Poder Judiciário e Poder Legislativo, aduzindo que a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei. Explica que não deve ser deixada qualquer liberdade ao juiz, pois, se ele pudesse modificar as leis, fundamentado em seus próprios critérios, o princípio da separação dos poderes seria rompido e ter-se-ia um conflito entre o verdadeiro legislador e o juiz.

Nesse sentido, quanto ao Poder Judiciário e à função dos juízes, Montesquieu (2008, p. 180) afirma que: "os juízes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor". Insta salientar que, apesar de Montesquieu (2008, p. 180) ter ministrado ao Poder Judiciário o status de um dos três poderes de Estado, resta claro o caráter secundário atribuído por ele a esse poder: "Dos três poderes de que falamos, é o Poder de Julgar, de certo modo, nulo. Sobram dois. E, como estes têm necessidade de um poder regulador para temperá-los, a parte do corpo legislativo composta por nobres é muito apropriada para produzir esse efeito".

De acordo com Jorge Reis Novais (2004), contra os inevitáveis abusos da concentração de poderes, Montesquieu propunha, então, não uma separação de poderes rígida, mas uma colaboração, equilíbrio e interdependência entre eles, em prol da proteção das liberdades individuais.

Nesse sentido, Montesquieu (2008), tornou-se o agente responsável pela introdução expressa do poder de julgar aos poderes fundamentais do Estado, bem como confirmou o que já havia sido proclamado por Locke, na medida em que também estabelece uma conexão da doutrina da separação de poderes com a concepção de *rule of law*.

Logo, é possível referir que a formulação da doutrina da separação dos poderes como instrumento para a limitação do poder, é posta em prática nas Revoluções Liberais Burguesas dos séculos XVII e XVIII, na Independência Norte-Americana em 1776, e na Revolução Francesa em 1789, em resposta aos abusos resultantes da centralização de poderes nas mãos do monarca soberano, durante o período em que predominou o Absolutismo (MALDONADO, 2003).

Não havia consenso quanto à forma mais adequada de aplicar o princípio da separação dos poderes. Após Montesquieu expor sua teoria, os Estados modernos adotaram sua corrente tripartite como garantia das liberdades fundamentais, fazendo com que a separação de poderes predominasse, até os dias de hoje, nas constituições de países democráticos (MALDONADO, 2003).

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2014) aduz que desde então, a teoria tripartite de poderes de Montesquieu passou a estar vinculada ao constitucionalismo, tendo sido adotada pela maioria das Constituições do mundo, não com a mesma rigidez, mas com certa colaboração e harmonia entre os Poderes. Isso porque, diante da cultura e da realidade histórica, foi possibilitado uma maior interpretação entre os poderes, cessando a separação pura e absoluta destes, visto que existe um sistema de freios e contrapesos em busca do equilíbrio indispensável para a garantia do bem da coletividade.

A DOGMÁTICA DA SEPARAÇÃO DE PODERES NA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA

Experiência constitucional portuguesa

De acordo com Jorge Miranda (2004), em Portugal, o constitucionalismo moderno teve seu início com a revolução de 1820 e divide-se em três períodos: o liberal, o autoritário e o democrático. O primeiro período ocorre de 1820 a 1926, compreendendo as constituições de 1822, 1826, 1838 e de 1911.

No texto da Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1822 verifica-se a aplicação expressa da separação de poderes do Estado através do seu artigo (art). 29: "O Governo da Nação Portuguesa é a Monarquia constitucional hereditária, com leis fundamentais, que regulem o exercício dos três poderes políticos" (PORTUGAL, 1822).

Nesse ponto, a referida Constituição foi marcada por contrariar os princípios básicos do absolutismo dispondo mais especificamente sobre a divisão de poderes e suas atuações independentes, como se verifica no seu artigo 30°:

> Artigo 30. Estes poderes são legislativo, executivo, e judicial. O primeiro reside nas Cortes com dependência da sanção do Rei (art. 110, 111 e 112). O segundo está no Rei e nos Secretários de Estado, que o exercitam debaixo da autoridade do mesmo Rei. O terceiro está nos Juízes. Cada um destes poderes é de tal maneira independente, que um não poderá arrogar a si as atribuições do outro (PORTUGAL, 1822).

Posteriormente, diante da complexidade do ambiente político ideológico do momento, tornava-se impossível o retorno puro e simples do absolutismo monárquico devido às conquistas do liberalismo. Dessa forma, esboçava-se uma fórmula que abrangesse a participação efetiva de Dom Pedro I no exercício do poder. Por outro lado, na Assembleia Constituinte, predominava o sentimento liberal, sendo que seus trabalhos guiavam para a adesão de uma monarquia constitucional, baseada no princípio da separação de poderes, com a imposição de limites ao poder do Imperador (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

Evidentemente, a proposta que limitava os poderes do Imperador não agradou Dom Pedro I, que, então, constituiu um Conselho de Estado, com a finalidade de elaborar uma Constituição de acordo com seus interesses. Assim, em 25 de março de 1824, foi outorgada a Constituição Política do Império do Brasil, constando a formação dos quatro poderes: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador (PADILHA, 2014).

Diversamente dos tradicionais três poderes, a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 e a Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa de 1826, reconheciam quatro poderes, sendo o Poder Moderador a principal inovação, decorrente de uma deturpação das teorias de Benjamin Constant (MIRANDA, 1997). Nesse sentido, ao Imperador atribuía-se o Poder Moderador, que possuía a competência de nomear senadores, dissociar a Câmara dos Deputados, nomear e demitir ministros de Estado e, ainda, suspender juízes (MENDES; BRANCO, 2012).

Assim, vislumbra-se que o modelo adotado não correspondia com integridade às teorias do pensador liberal-conservador francês, Benjamin Constant, o qual era intensamente preocupado com a contenção do arbítrio dos governantes em benefício das liberdades individuais (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012). Tão grande era a concentração de poderes ocasionada pela instituição do Poder Moderador, que Paulo Bonavides e Paes de Andrade (1991, p. 96) o caracterizaram como "a constitucionalização do absolutismo".

O Poder Moderador que, contrariamente à construção teórica levada a cabo por Montesquieu, não fora adotado (ao menos formalmente) por nenhuma das grandes potências que dominavam o cenário político europeu ao final do século XVIII e no início do século XIX, tendo por função principal evitar que os conflitos entre os três poderes restantes levassem à predominância de algum deles, e, desse modo, "assegurar a estabilidade do Estado liberal e dos direitos civis e políticos dos cidadãos" (LYNCH, 2010, p. 93-94).

Partindo dessa pré-compreensão, destaca-se que, relativamente às Constituições do Brasil e Portugal, Jorge Miranda (1997, p. 222) muito bem refere sobre uma possível *família* constitucional luso-brasileira da época:

> A Carta Constitucional de 1826 seria (literalmente) decalcada da Constituição brasileira de 1824 e feita no Brasil pelo autor desta: D. Pedro I, IV de Portugal. O seu elemento mais típico, o poder moderador (com origem em BENJAMIN CONSTANT) encontra-se já no texto brasileiro. E, com vicissitudes várias, as duas Constituições vigorariam conjuntamente durante cerca de meio século – o que permitiria que, na época, porventura, se pudesse falar numa família ou sub-família constitucional luso-brasileira.

Descarte, o art. 10 das constituições de Portugal (1826) e Brasil (1824) assim demonstra a presença do princípio da separação de poderes: "A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece" (BRASIL, 1824).

Já na Constituição Portuguesa de 1838 o princípio da separação de poderes, arquitetou-se através dos art. 33°, 34° e 35°, prevendo os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como indicando que nenhum poder pode invadir as atribuições do outro, em virtude da sua independência.

Em 1910, a monarquia foi derrubada em Portugal, iniciando-se, então, a fase chamada de 1ª República, caracterizada por forte instabilidade política (MIRANDA, 2004). Interessante observar, assim, que a Constituição Portuguesa de 1911, ainda que não seguisse um regime presidencial, utilizou a terminologia *independentes e harmônicos entre si*: "Artigo 6. São órgãos da Soberania Nacional o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial, independentes e harmónicos entre si" (BIELSCHOWSKY, 2012, p. 280).

Diante da instabilidade política da época, em 1926, militares conservadores articularam um golpe de estado levando ao fim da 1ª República, iniciando-se um novo momento da história de Portugal, marcado pela ditadura militar. Assim, conforme Jorge Miranda (2004), o período autoritário, que ocorre entre 1926 a 1974, é caracterizado por um Estado constitucional perturbado, sendo este o período da Constituição de 1933.

O art. 71 da Constituição Portuguesa de 1933 consagra a soberania nacional e distingue como *órgãos de soberania* o Chefe de Estado, a Assembleia Nacional, o Governo e os Tribunais (CANOTILHO, 1991).

Salienta-se que, ainda de acordo com as lições de Jorge Miranda (2004), historicamente, as Constituições portuguesas, com exceção da de 1933, sempre apresentaram dispositivos referentes à separação dos poderes no Estado. Nessa perspectiva, J. J. Gomes Canotilho (1991) refere que a Constituição de 1933 supostamente consagrou a divisão dos poderes, uma vez que, na realidade, ela não fala em *poderes,* mas sim em *órgãos de soberania*.

Com a revolução de 1974, inicia-se o período democrático e o surgimento da Constituição de 1976, podendo, nesse momento, falar-se em constitucionalismo democrático, haja vista que o sufrágio universal passa a estar consignado na Constituição (MIRANDA, 2004).

Desse modo, quanto à atual Constituição da República Portuguesa, o princípio da separação de poderes encontra-se expresso nos artigos 2º, 110º e 111º. Isto posto, insta ressaltar que a Constituição da República Portuguesa de 1976 optou por não utilizar a nomenclatura *poderes do Estado*, encontrando-se em seu lugar os *órgãos de soberania* (BIELSCHOWSKY, 2012).

Hodiernamente, importa precisar o sentido do princípio da separação de poderes frente à Lei Fundamental portuguesa. Assim, quando se refere à separação e independência dos órgãos de soberania como princípio estruturante da sistematização do poder político, tem-se em vista, na maioria das vezes, a separação horizontal de poderes (de órgãos e funções). Enquanto a repartição vertical projeta a definição das competências e as relações de controle consoante critérios territoriais como a competência do Estado central, competência das regiões, competência dos órgãos locais, a divisão horizontal remete às diferentes funções executiva, legislativa e judiciária, à limitação institucional de competências, bem como às relações de controle e independência recíproca entre os órgãos de soberania. Dessa forma, na Constituição portuguesa de 1976, os fundamentos de separação horizontal e vertical encontram-se relacionados, apesar da prevalência do primeiro, em virtude da estrutura unitária do Estado Português (CANOTILHO, 1991).

Enfim, verifica-se que a separação de poderes e sua interdependência é um *princípio estrutural-conformador* da esfera política, sendo que José Joaquim Gomes Canotilho (1991, p. 700) salienta os diversos níveis em que a separação e interdependência assenta-se:

> (1) no plano funcional interessa identificar as funções político-constitucionais básicas como a legiferação, a jurisdição e a execução: (2) no plano institucional a separação de «poderes» incide especialmente sobre os órgãos constitucionais, como, por ex., o Parlamento, o Governo e os tribunais; (3) a nível sócio-cultural interessa articular o «poder» ou poderes do Estado com as estruturas sociais (grupos, classes, partidos).

José Joaquim Gomes Canotilho (1991, p. 702) expõe que o princípio da separação de poderes depreende uma correspondente adequação entre funções e órgãos. Segundo o autor, as funções devem ser separadas e distribuídas a um órgão ou a um grupo de órgãos distintos entre si. Nessa perspectiva, entende-se que deve ser atribuída a determinado órgão uma função principal, típica, como ocorre em Portugal, por exemplo: "a Assembleia da República é um órgão adequado para legiferar; o Governo é um órgão apto para executar e administrar; os tribunais estruturam-se de forma a exercer com racionalidade a função jurisdicional".

Sobre o sistema de freios e contrapesos, este concretiza-se na experiência constitucional portuguesa por um sistema de corresponsabilidades e interdependências balanceadas de forma que, a título de alguns exemplos práticos, verifica-se que na função legislativa não participa somente a Assembleia da República, mas também o Presidente da República, haja vista que os atos legislativos necessitam da sua promulgação e assinatura. Ademais, a Assembleia da República não tem exclusividade em legislar, cabendo tal disposição também ao Governo por meio da elaboração de decretos-leis, sendo tal sistema de freios e contrapesos estabelecido de forma a evitar o *cesarismo presidencial*, o *absolutismo parlamentar* e a *autocracia do governo* (PIÇARRA, 1989).

Outrossim, conforme dispõe o art. 202° e seguintes, da CRP, é atribuído ao Poder Judiciário a função jurisdicional do Estado exercida através dos tribunais e dos juízes. Nessa perspectiva, o professor José Joaquim Gomes Canotilho (1991), expõe que o Poder Judiciário, organizatória e funcionalmente é separado dos demais poderes. Tal separação dos tribunais não visa uma subordinação aos outros poderes do Estado, mas objetiva garantir a independência dos juízes que desempenham a função de jurisdição, na medida que seus membros não são eleitos pela população (BIELSCHOWSKY, 2012).

Dessa forma, quando se analisa a justiça constitucional portuguesa proveniente da CRP de 1976, Jorge Reis Novais (2006) aduz que seus resultados são bastante positivos. Uma vez comparado com a ausência de uma justiça constitucional durante a Constituição Política da República Portuguesa de 1933, constata-se que o sistema inserido pela Constituição de 1976 resultou em uma revolução no âmbito da garantia efetiva da força normativa da Constituição.

Sobre o tema, Jorge Miranda (2004) ensina que a atual Constituição Portuguesa é a mais vasta e complexa de todas as anteriores, na medida em que, considerando o regime autoritário derrubado em 1974 e as tentativas de tomada do poder por parte dos comunistas em 1975, a Constituição Portuguesa de 1976 tornou-se bastante preocupada com os direitos fundamentais, bem como com a divisão do poder.

EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Considerando a proeminência que o princípio da separação de poderes obteve, torna-se clássica a associação entre separação de poderes e direitos fundamentais, haja vista que estes são condições *sine qua non* para a essência de uma constituição (PIÇARRA, 1989). Assim, para expor a problemática do direito comparado, necessário estabelecer seu devido ponto de partida. O tradicional contraste entre os sistemas da *common law* e *civil law* seria, nesse caso, um falso prisma para determinar seu ponto inicial. Independentemente de sua valoração para o direito privado, tal contraste não foi feito para enfatizar as características distintivas do direito. Portanto, forçoso fazer tal comparação entre modelos construídos a partir de experiências nacionais particulares (ACKERMANN, 2014).

Na América, verifica-se que a separação de poderes acontece diferentemente de como ocorre na Europa. As principais diferenças podem ser elucidadas por basicamente dois fatores distintos: primeiro, os motivos que ocasionaram a Revolução Francesa e aqueles que decorreram na independência das colônias inglesas na América do Norte foram diferentes, mesmo que ambas tenham fundamentos iluministas. Já o segundo fator se dá por haver na América um sistema jurisdicional respaldado em precedentes judiciais (*stare decisis*) típico do modelo exercido pelos anglo-americanos, *common law*, contrapondo o sistema de *civil law*, que vigora em praticamente toda Europa continental (BIELSCHOWSKY, 2012).

No Brasil, como na maioria das nações latino-americanas, a tradição colonial marcou os costumes políticos no sentido de concentrar poderes na pessoa do Chefe de Estado. Desta maneira, de acordo com Fábio Konder Comparato (2004, p. 152), ao empregar o regime presidencial de governo, no qual o Chefe de Estado e o Chefe de Governo são exercidos pela mesma pessoa, "nada mais fizemos do que criar, sob pretexto de uma reprodução do modelo norte-americano, um presidencialismo exacerbado".

Isso posto, o constitucionalismo surgiu no Brasil e em Portugal ao mesmo tempo, mais especificamente em decorrência da revolução de 1820, da qual resultou na reunião de Cortes Constituintes auxiliadas por representantes eleitos pelas províncias brasileiras. Assim, a Constituição de 1822 seria votada por brasileiros e portugueses e, dessa forma, formalizaria o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves. Entretanto, tal constituição não chegou a vigorar no Brasil, uma vez que seria aprovada em 23 de setembro e, no entanto, no dia 7 de setembro de 1822 foi proclamada a independência do país (MIRANDA, 1997).

Por outro lado, após a proclamação da República Federativa, foi promulgada a primeira Constituição Republicana do Brasil, em 1891, inspirada no presidencialismo norte-americano, que tinha como objetivo a consolidação do regime republicano, tendo, inclusive, situado o Supremo Tribunal Federal (STF) no topo do Poder Judiciário (MENDES; BRANCO, 2012). Nessa Constituição, a separação de poderes estava prevista no seu art. 15: "São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si" (BRASIL, 1891). Ademais, necessário referir que a Carta de 1891 demonstra a influência do texto norte-americano, uma vez que, pela primeira vez, expõe o controle de constitucionalidade incidental e de efeitos concretos (FERREIRA, 2014).

Sob o ponto da organização dos Poderes Públicos, desde a primeira Constituição Brasileira republicana, reproduz-se o modelo original norte-americano, o qual teve como pressuposto ideológico a preocupação em restringir a competência do Poder Legislativo, uma vez que este poder teria certa tendência natural ao abuso de poder (COMPARATO, 2004). O corpo legislativo escreveu James Madison, Alexander Hamilton, John Jay (2003, p. 503), "estende por toda parte a esfera de sua atividade, e engole todos os poderes no seu turbilhão impetuoso".

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 previu de forma mais detalhada o Poder Judiciário, pois, pela primeira vez na história abordou a garantia dos magistrados (NUNES JÚNIOR, 2011). Assim, a separação de poderes, na Constituição de 1934, estava prevista no seu art. 3, dispondo: "São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si" (BRASIL, 1934).

Necessário salientar, nesse ponto, que, no art. 15 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 e no art. 3 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, se utiliza o termo *órgãos de soberania*, o qual foi desertado das Constituições brasileiras a partir de 1934. Contudo, até hoje é empregado na Constituição da República Portuguesa (BIELSCHOWSKY, 2012).

Mais tarde, diante da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, inspirada na ordem portuguesa de 1933, não se fez referência às separações das funções do Estado. Definiu-se a existência de "um Poder Legislativo submisso à autoridade suprema do Presidente da República, o que, por si só, inviabilizava a existência de poderes harmônicos e independentes" (SILVA; MASS; KIERECZ, 2013, p. 479).

Neste sentido, Lênio Streck e Fábio de Oliveira (2013, p. 140) referem que "o princípio da separação de poderes foi incorporado logo pela primeira Constituição brasileira, que inaugurou a tradição da sua figuração explícita em todas as Constituições subsequentes, com a exceção, única, da Carta de 1937".

De forma geral, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 não proibiu que a pessoa designada para a função de um dos poderes desempenhasse a de outro poder. Pontes de Miranda (2011), contudo, salienta que o membro do Parlamento Nacional estava submetido a algumas vedações, assim como os juízes, que, mesmo em disponibilidade, não podiam praticar outras funções públicas.

Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, o princípio da separação de poderes encontrava-se positivado no artigo 36, o qual declarava: "São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si" (BRASIL, 1946). Já na Carta de 1967, em composição similar, o seu art. 6 aduz: "São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (BRASIL, 1967).

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, os fundamentos de percepção e aplicação da doutrina da tripartição dos poderes, ensejaram novas reflexões. Jorge Miranda (2004) compara o constitucionalismo português com o do Brasil, constatando que a Constituição brasileira vigente, de 1988, conserva a clássica separação de poderes do Estado, sendo o Executivo, Legislativo e Judiciário, conforme previsto nos art. 76 e ss,

art. 44 e ss, e art. 92 e ss, respectivamente. Ainda, o princípio da separação de poderes torna-se cláusula pétrea e encontra-se previsto no art. 60, §4°, inciso III da CF.

Várias são as concepções sobre o significado da palavra *poder* na Constituição de 1988. No entanto, é possível restringir sua acepção na atual Constituição brasileira em três noções distintas: a primeira seria o poder como a visão de soberania, prevista no artigo 1°, parágrafo único, da CRFB de 1988. A segunda seria o poder enquanto órgão do Estado, conforme propõe o artigo 2°, *caput*, da CRFB de 1988. E o terceiro e último conceito de poder seria ele como função, de acordo com os artigos 44°, 76° e 92° da CRFB de 1988 (BRASIL, 1988).

Contudo, as funções do poder não se confundem com a divisão do poder. José Afonso da Silva (2014, p. 110) assim explica:

> A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentrados num órgão apenas. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam o nome das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo, órgão ou poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, temos a concentração de poderes.

A CRFB de 1988 expõe em seu artigo 2° a concretização da separação tripartite de poderes, baseado no modelo projetado por Montesquieu: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (BRASIL, 1988).

Para José Afonso da Silva (2014, p. 108), o princípio da separação de poderes, adotado pela Constituição de 1988 como princípio fundamental, é compreendido como princípio geral do Direito Constitucional. Ademais, o autor refere que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, apresentam duplo sentido, pois representam as funções legislativa, executiva e jurisdicional e "indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação estabelecidas no título da organização dos poderes (respectivamente, nos arts. 44° a 75°, 76° a 91° e 92° a 135°)". Insta ressaltar que tal ideia, de poderes *independentes e harmônicos entre si,* já havia sido adotada nas Constituições Brasileiras de 1891 e 1946 e permanece presente na Constituição de 1988 (BIELSCHOWSKY, 2012).

A expressão *poder* traduz dois significados: os órgãos do Estado, em sentido orgânico, ou seja, o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, e as funções a serem efetivadas, em sentido funcional, senda estas as atividades de execução (ou administração), atividade de legislação e atividade de jurisdição. Desta forma, é notório que cada órgão não exerce, exclusivamente, uma única função, sendo que, o poder legislativo, por exemplo, não opera somente a atividade normativa. Portando, pode-se dizer como função típica, aquela que corresponde ao respectivo órgão, e função atípica, aquela desempenhada pelo órgão de forma extravagante, visto que é pertinente a outro órgão (STRECK; OLIVEIRA, 2013).

Sob essa perspectiva, na Constituição de 1988, quanto aos freios e contrapesos previstos, tem-se como alguns exemplos a sanção ou o veto de projeto de lei pelo Presidente da República, conforme art. 66, da CRFB, a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF, conforme art. 102,

inciso I, "a", da CRFB, e a sustação de atos normativos do Poder Executivo que extrapolam do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, por parte do Congresso Nacional, conforme art. 49, inciso V, da CRFB (STRECK; OLIVEIRA, 2013).

Diante do exposto, verifica-se que a finalidade pretendida pela atual Constituição Brasileira, ao determinar e organizar diversas funções e garantias aos supramencionados, é a proteção e defesa dos direitos fundamentais, da democracia e da separação de poderes (BARROSO, 2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No curso da presente investigação concluiu-se que a separação dos poderes surgiu como alternativa contra o abuso do poder e representa uma das maiores contribuições para o modelo de Estado Democrático de Direito hoje existente em Portugal e Brasil. Evidentemente, buscou-se investigar o tema com o objetivo de estimular o debate e a reflexão acerca dos dilemas e das possibilidades de o princípio da separação de poderes, ao longo da evolução do ordenamento jurídico luso-brasileiro, continuar sendo sinônimo de limitação do poder do Estado.

Frisou-se que, tanto em Portugal quanto no Brasil, foi consagrada a separação dos poderes em suas Constituições como um princípio estrutural da organização de seus Estados. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz expressamente no artigo 2º a concretização do princípio da separação de poderes, de forma que cada função do Estado se identifica com um órgão específico ao qual ela é atribuída em caráter predominante: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Já na Constituição da República Portuguesa de 1976, que prevê a existência desses mesmos Poderes, a soberania estatal é dividida em quatro órgãos de status constitucional, quais sejam: O Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais.

Assim, resta concluir que o princípio da separação de poderes, cujos antecedentes histórico-metodológicos remontam aos filósofos da Antiguidade, posteriormente consagrado por Montesquieu em 1748, sofreu transformações em sua compreensão e em sua concretização ao longo das experiências constitucionais dos povos consideradas de forma genérica e em sua singularidade. Isto porque a referida teoria acompanhou a evolução do Estado e das relações sociais, econômicas e culturais frente às premissas não raro contraditórias como globalização e afirmação da dignidade da pessoa humana como valor supremo do constitucionalismo, idealizando a máxima garantia dos direitos fundamentais. A partir desse fio condutor, observa-se que o referido princípio continua sendo uma das principais garantias de direitos, tanto no Brasil quanto em Portugal.

REFERÊNCIAS

ACKERMANN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 265, p. - jan./abr. 2014.

BARBOSA, Marília Costa. Revisão da teoria da separação dos poderes do Estado. **Revista Científica Faculdade Lourenço Filho**. Fortaleza, v. 5, n. 1, p. 01-14, 2006. Disponível em: <http://www.amandaalmozara.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Revis%C3%A3o-da-Teoria-da-Separa%C3%A7%C3%A3o-dos-Poderes-do-Estado.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coords). **Tratado de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

BIELSCHOWSKY, Raoni. O Poder Judiciário na doutrina da separação dos poderes: Um quadro comparativo entre a ordem brasileira e a ordem portuguesa. **Revista de Informação Legislativa. Brasília**, v. 49, n. 195, p. 269-290, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496610/000966864.pdf?>

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. 10. ed. Brasília: UNB, 1998.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BOTALLO, Eduardo Domingos. Teoria da divisão dos poderes: antecedentes históricos e principais aspectos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 102, jan./dez. 2007, p. 25-46. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67747-89177-1-pb.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. **Constituição Brasileira de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 27 mai. 2016.

BRASIL. **Constituição Brasileira de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 06 jul. 2016

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 24 ago. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 10 ago. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 mai. 2016.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 10 ago. 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição Brasileira. In: BARROSO, Luís Roberto; CLEVE, Cleverson Merlin (Orgs). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4 p. 35-50. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000154ef847a3248444025&docguid=Ib416308068e811e18c7800008517971a&hitguid=Ib416308068e811e18c7800008517971a&spos=15&epos=15&td=786&context=6&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 26 mai. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. Montesquieu e a releitura da separação de poderes no Estado Contemporâneo: elementos para uma abordagem crítica. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, n. 42, p. 01-19, abr/maio/jun. 2015. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-42-ABRIL-2015-ALEXANDRE-DOUGLAS-CARVALHO.pdf>. Acesso em: 17 de jun de 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. **Revista Estudos Avançados**. São Paulo, v. 18, n. 51, p. 151-159, maio/ago. 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder judiciário, ativismo judicial e democracia**. 2014. Dissertação. 150 f (Mestrado em direito). Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, SP, 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/pt-br.php>. Acesso em 17 jun. 2016.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O Poder Moderador na Constituição de 1824 e no anteprojeto Borges de Medeiros de 1933: um estudo de direito comparado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 188, p. 93-94, out./dez. 2010.

MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Revista Jurídica "9 de Julho"**. São Paulo, v. 2, p. 235-256, jul. 2003. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/arquivos/documentacao/estudos-e-manuais/revista-procuradoria/RJ_2003.PDF >. Acesso em 28 out. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Independência e harmonia dos Poderes. In: BARROSO, Luís Roberto; CLEVE, Cleverson Merlin (Orgs). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4 p. 63-86. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000154ea93785e48437e29&docguid=Ib3568a0068e811e18c7800008517971a&hitguid=Ib3568a0068e811e18c7800008517971a&spos=11&epos=11&td=786&context=90&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 mai. 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: actividade constitucional do Estado. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2004. v. 5.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: preliminares – o Estado e os sistemas constitucionais. 6. ed. Lisboa: Coimbra, 1997. v. 1.

MIRANDA, Jorge. O Parlamento de Portugal. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte. n. I, jan./jun. 2003, p. 137-160.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do Espirito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Lisboa: Coimbra, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Lisboa: Coimbra, 2004.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Remédios Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional:** um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra, 1989.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Coimbra: Livraria Jurídica, 2014.

PORTUGAL. **Constituição Portuguesa de 1822**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1822.pdf>. Acesso em 11 jul. 2016.

PORTUGAL. **Constituição Portuguesa de 1838**. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1058.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2016.

RIBEIRO JUNIOR, João. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. Bauru: Edipro, 2001.

SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a Separação de Poderes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Atlas, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Manoel Carlos Ferreira da; MASS, Ana Paula Tavares; KIERECZ, Marlon Silvestre. Estado, construção dos direitos fundamentais, separação dos poderes e efetivação do direito à saúde. **Revista Justiça do Direito**. v. 27, n. 2, jul./dez. 2013, p. 464-492. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:TwRHwrXkGIJ:seer.upf.br/index.php/rjd/article/download/4683/3150+&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em 29 ago. 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Fábio de. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONEY, Léo Ferreira (Coords).. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

VILE, Maurice J. C. **Constitucionalism and the separation of powers**. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund., 1998.

ANATOMIA DO FEDERALISMO BRASILEIRO E A REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Juliana Aline Rheinheimer[1]
Marcus Vinicius Madeira[2]

INTRODUÇÃO

O presente artigo, com metodologia pautada pelo método histórico e dedutivo, insere-se no âmbito do direito constitucional com intuito de dissecar o tema da Federação concomitante ao estudo da repartição constitucional de competências atribuídas aos entes federados e pela conjuntura subjacente ao texto constitucional fixado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

No que tange sobre a relevância do tema, importante mencionar que sua abordagem se mostra amplamente pertinente, na medida em que versa sobre um princípio essencial à estrutura organizacional do Estado, com núcleo intangível, consagrado como aquilo que se convencionou denominar de "cláusula pétrea". Desta forma, não pode a forma federativa do Estado brasileiro ser abolida, conforme impõe o parágrafo 4° do art. 60 da CRFB.

O relevo e a atualidade do tema afiguram-se muito claros quando se direciona o olhar para a situação de grave crise que afetam Estados-membros e Municípios brasileiros. Isso é patente, por exemplo, na grave crise financeira enfrentada pelo Estado do Rio Grande do Sul, fato este divulgado amplamente em todo território nacional.

A precariedade das estruturas arrecadatórias dos entes federados parciais e o aumento do montante de suas dívidas perante a União, ensejou a necessidade de refletir sobre o atual desenho da federação brasileira, de modo a propiciar a compreensão necessária ao desenvolvimento de soluções capazes de engendrar um arranjo institucional para o exercício do poder soberano do Estado que se afigure mais equilibrado e condizente com a necessidade de realização dos objetivos e direitos consagrados pela CRFB na vasta extensão territorial e na diversidade sociocultural que caracteriza a República Federativa do Brasil.

Para realização de tal intento, o ponto nodal para a análise das virtudes e das mazelas da federação brasileira reside no binômio centralização-descentralização, que ocorre no interior do Estado Federal.

Além disso, afigura-se necessário desenvolver certa pré-compreensão sobre o conceito de *Estado e a* caracterização do grau de descentralização juridicamente estruturado e definido em seu território, para, posteriormente, abarcar o conceito de federação de forma ampla e complexa, o que permitirá ponderar a real efetividade do caráter da autonomia destinado às unidades federadas, bem como, se há equilíbrio na distribuição de encargos e receitas entre os entes federados, com

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: rheinheimerju@gmail.com.
[2] Mestre em Direito pela UFRGS. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: marcusmadeira@feevale.br.

base no âmbito normativo compreendido pelo texto constitucional atual. Para tanto, atentar e contemplar a Teoria Geral do Estado é tarefa imprescindível.

Em sequência, passa-se ao exame da autonomia dos Estados-membros de modo mais específico, tendo como eixo compreensivo a relação verificada entre repartição de competências - estabelecida pelo texto constitucional - e repartição de recursos financeiros, assim como, em qual medida o atual arranjo institucional interfere na perfectibilização do princípio federativo no Estado brasileiro.

O FEDERALISMO BRASILEIRO NO MARCO JURÍDICO-DOGMÁTICO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA DE 1988

Pode-se caracterizar o Estado como uma forma de organização do poder político a fim de instituir normas jurídicas e governar o povo que se submete a um território delimitado. Entretanto, não há dubiedade ao afirmar que Governo e Estado são, do ponto de vista conceitual, realidades amplamente distintas, embora interligadas. Nesse sentido, destaca-se o caráter temporal, visto que o primeiro se prolonga por um período determinado de tempo – onde há democracia –, enquanto o segundo é preservado de forma mais perene (ZIMMERMANN, 1999).

A magnitude do termo *Estado* foi concebida por Maquiavel, em sua obra ''O Príncipe'', concedendo a esse termo o seu devido valor político, que o acompanha desde o primórdio até a atualidade. Atenta-se que não foi esse pensador quem criou a expressão *Estado*, mas sim, quem lhe deu a grandeza de seu significado, o que é prontamente verificado nas primeiras palavras de sua expressiva obra, nos seguintes termos: ''Todos os estados, os domínios que imperaram e imperam sobre os homens foram e são ou repúblicas ou principados'' (MACHIAVELLI, 1996, p. 07).

Max Weber (2004) defende que o Estado é uma construção moderna de agrupação ou associações políticas, atribuindo no centro de tal conceito, o meio da coação física. Nesse sentido, alude que Estado consiste em uma relação de dominação de homens sobre homens, sendo ele (o Estado) o único legitimado à detenção do monopólio da violência. Refere, ainda, que todo Estado se fundamenta na coação. Contudo, o sociólogo alemão deixa claro que a coação não é o único meio de justificação do Estado, tão pouco o normal, mas é seu meio específico. Seguidamente o autor elucida, descrevendo o Estado como uma comunidade humana que contrai para si o monopólio da coação física legítima na medida em que o Estado permita, dentro de seu território.

Pontes de Miranda, por seu turno, reconhece que o conceito de Estado, tal como ele é compreendido atualmente, somente foi desenvolvido no século XV e acaba o definindo como "o conjunto de todas as relações entre os poderes públicos e indivíduos, ou daqueles entre si" (MIRANDA, 1953, p. 39) Fundamental, também, referir Canotilho quanto ao momento em que remete seu pensamento sobre a fundamentação de Estado: "Qualquer que seja o conceito e justificação do Estado – e existem vários conceitos e justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado constitucional" (CANOTILHO, 2002, p. 92).

Compreende-se, assim, que o conceito de *Estado* se estende pelo mundo das ideias e das construções jurídico-políticas há muito tempo. Entretanto, não é rígido e fechado. Tal conceito se aperfeiçoa e se ajusta com o tempo e com o território, podendo-se afirmar que se trata de um

conceito histórico. Nas palavras de Arthur Machado Paupério "Estado é um processo em pleno desenvolvimento" (PAUPÉRIO, 1987, p. 06).

Do ponto de vista jurídico-metodológico, a doutrina estabelece e reflete acerca de elementos essenciais para caracterização e qualificação de um Estado, efetivando, assim, também sua qualificação como ente de Direito Internacional Público. Hans Kelsen menciona os três elementos estatais: "território, povo e poder" (KELSEN, 1969, p. 247). De forma superficial povo é o conjunto daqueles que habitam determinado território e que acabam por constituir uma comunidade, ou seja, é o conjunto de cidadãos. Território é o espaço físico delimitado capaz de abrigar um Estado-nação. Pode-se compreendê-lo não apenas como um espaço geográfico, mas, também, como caracterizado pelos sentidos de poder, domínio e posse de atuação. Governo, em sentido lato, traz a ideia de controle, de autoridade e de comando. Em síntese, Alessandro Groppali define Estado como "a pessoa jurídica soberana, constituída de um povo organizado sobre um território sob o comando de um poder supremo, para fins de defesa, ordem, bem-estar e progresso social" (GROPPALI, 1978, p. 12).

Sobre o tema, Arthur Machado Paupério, faz importante contribuição ao destacar que:

> Apesar de ser o Estado uma força de fato, é um poder que se explicita mediante determinadas regras e mais do que isso: uma autoridade que se funda e justifica pelo seu exercício. A força une-se aqui ao direito, pela existência das leis. A força passa a exercer-se em nome da lei, tornando-se qualificada. [...] Para muitos, o Estado teria surgido com a institucionalização do poder, que se teria seguido à centralização monárquica do mundo moderno, prenhe de absolutismo, e ao próprio movimento constitucionalista das revoluções liberais burguesas (PAUPÉRIO, 1987, p. 05).

Há autores que compreendem as essencialidades do Estado, como sendo, somente a soberania e a territorialidade. Já, outros, mencionam três elementos substanciais, sendo povo e o território componentes basilares, e, o terceiro elemento, tem expressões relacionadas ao poder, que podem variar, como autoridade, governo ou soberania (DALLARI, 2013). Groppali (1978), insurge com mais um elemento: a finalidade. Impondo que o Estado para se caracterizar, precisa ter um propósito que justifique sua existência, afinal, caso contrário, porque o povo se submeteria a um determinado poder, se não em função de um fim a atingir?

É relevante destacar os dizeres de Hans Kelsen no que condiz a relação entre Estado, território e tempo, onde menciona que em determinado território e em um lapso temporal, há espaço para somente um Estado, in verbis: "em um mesmo território e durante um mesmo tempo, só pode haver um Estado" (KELSEN, 1969, p. 259).

Das tantas teorias reconhecidas da época do surgimento do Estado, destacam-se três posições fundamentais. Inicialmente, para muitos autores o Estado sempre existiu, assim como a sociedade, estando ambos, interligados. Inclusive, a partir dessa teoria, tem-se o Estado como forma de organização dos indivíduos, e para tanto, podendo utilizar a força como instrumento para exercer seu poder de autoridade. A segunda teoria é a mais aceita entre os doutrinadores, a qual admite que a sociedade, por certo período, existiu sem ter o Estado. Assim, defendem que Estado e sociedade não são concomitantemente quanto ao tempo de sua formação. Por último, há o entendimento dos doutrinadores que interpretam a formação do Estado, relacionando-os com uma

sociedade que tem que ter características precisas. Tal concepção, afirma que o conceito de Estado é histórico, destacando a soberania como aspecto fundamental (DALLARI, 2013).

Dando continuidade ao estudo, o professor Dallari (2013), em análise as teorias que visam esclarecer a formação originária do Estado, organiza duas classificações, a saber, de um lado, teorias que reconhecem o desenvolvimento natural do Estado, doutro, teorias que amparam a formação do Estado como contratualista. A primeira, que tem a origem do Estado com motivação natural, afirma que o Estado sempre existiu como parte da sociedade. Em outra faceta estão aqueles que reafirmam que o Estado partiu de um ato voluntário, de um ato contratualista. Tal afirmação vai de encontro à teoria da formação contratual da sociedade. Desse entendimento, compreende-se que o Estado teve sua formação premeditada.

Segundo Augusto Zimmermann, há quem considere a existência do Estado um fato decorrente da ''instituição de um pacto entre os indivíduos. Alguns entendem ainda que o Estado surge da natural tendência humana para associação. Para outros, contudo, ele é o produto da luta de classes, que, sem a qual, o Estado também desapareceria'' (ZIMMERMANN, 1999, p. 11).

O iminente jurista alemão Georg Jellinek, precursor da disciplina de Teoria Geral do Estado, reconhece que a questão da natureza do Estado é um dos mais importantes e árduos problemas a ser esclarecido. Busca incessantemente uma resposta, desenhando e identificando os elementos essenciais à resolução. Nesse contexto, o teórico denota que o Estado se propaga no tempo e no espaço, referindo, ainda que: "forma parte do mundo dos fatos e, por conseguinte, está incorporado dentro do mundo do real no sentido objetivo, isto é, que tem existência fora de nós" (JELLINEK, 1954, p. 106). Ainda, na visão de José Alfredo de Oliveira Baracho, ao descrever sobre a Teoria dos Estados, menciona que "no Estado federal há uma pluralidade de Estados fundidos em uma unidade" (BARACHO, 1986, p. 39-40).

Para uma compreensão mais amiúde do fenômeno estatal e da sua configuração sob a forma federativa, passa-se à análise da classificação do Estado a partir dos centros de poder juridicamente estruturados a serem exercidos em seu território.

ANTECEDENTES HISTÓRICO-METODOLÓGICOS E CARACTERÍSTICAS DO ESTADO FEDERAL

Remontar e dilucidar os pontos históricos do surgente federalismo, afigura-se como primordial, para que, de fato, possa haver maior compreensão dessa forma estatal. Destacam-se, em sequência, dois antecessores do Estado Federal, com o fito de viabilizar maior clareza na compreensão da temática. Inicia-se a análise pelo exame dos Estados Unitários, precursor do federalismo brasileiro e a Confederação, forma de estado que antecedeu o federalismo norte-americano (FERRERI, 1995).

Pelo próprio nome, Estado *Unitário*, presume-se o caráter de unidade presente nesta forma estatal, contemplando em um centro único os poderes administrativos, legislativos e executivos. Entretanto, independente da forma, Estado só existe um, e este é representado pela figura do poder central. Sendo incontroversa a afirmação de que se fracionado poder, este deixa de ser, efetivamente poder (CANOTILHO, 1998). Do mesmo pensamento compactua Augusto Zimmermann, ao relatar, quanto à ordem política e ordenamento jurídico do Estado unitário, que

"estão somente conjugados em unidade orgânica, referidas ao território homogeneizado, e com apenas um único titular do poder de império" (ZIMMERMANN, 1999, p. 38).

Brevemente, Raul Machado Horta identifica a forma de Estado Unitário, referindo que "o Estado Unitário se acha submetido a um processo de renovação estrutural, que decorre da ampliação do grau de descentralização, para alcançar as formas mais avançadas do regionalismo" (HORTA, 1986, p. 09).

A relação que se estabelece reciprocamente entre o Estado Unitário e seus cidadãos é uma particularidade marcante desse sistema, haja vista que não há intermeio nessa relação. Nesse sentido, não há qualquer outro ente que tenha competência de autoridade. Além dessa relação peculiar, há ainda a característica da indivisibilidade, que ocorre mesmo com divisões territoriais. No entanto, o poder central continua sendo oriundo de um único centro, um único ente soberano. Esse, aliás, afigura-se, como momento oportuno para diferenciar soberania e autonomia. A primeira se estabelece no momento em que não há poder maior, enquanto o caráter da autonomia permite executar determinadas atitudes previamente estabelecidas. Com base nessa diferenciação, fica claro que um Estado Unitário pode conceder autonomia a diversas regiões de seu território. Como exemplo e a fim de tornar mais compreensivo, Francisco Bilac Pinto Filho menciona que "há Estados Unitários que a par de possuírem uma organização centralizada reconhecem a existência de autonomias regionais, mas nem por isso perdem o caráter de unidade" (PINTO FILHO, 2002, p. 09).

Verifica-se que essa forma de Estado perdura como a utilizada atualmente em vários países, tal qual, por exemplo, Portugal, Inglaterra e Uruguai, territórios esses que não ousaram experimentar a descentralização do poder, tal como em um Estado Federal (PINTO FILHO, 2002).

Logo, observa-se com clareza a presença da autonomia dispensada às regiões dessa forma estatal, estando essas vinculadas ao poder central. Poder esse, que emana como sinônimos a unicidade do poder, pois quando o poder central é exercido, tem vinculação a todo território, sem qualquer obstáculo ou limitação imposto por outra fonte de poder. Lembrando, ainda, que o seu poder político é exercido de forma centralizada, uma vez que só existe uma fonte de poder.

Acerca do tema, Paulo Bonavides esclarece que:

> [...] das formas de Estado, a unitária é a mais simples, a mais lógica, a mais homogênea. A ordem jurídica, a ordem política e a ordem administrativa se acham aí conjugadas em perfeita unidade orgânica, referidas a um só povo, um só território, um só titular do poder público de império. [...] No Estado unitário poder constituinte e poder constituído se exprimem por meio de instituições que representam sólido conjunto, bloco único, como se respondessem já nessa imagem à concretização daquele princípio de homogeneização das antigas coletividades sociais governantes, a cuja sombra nasceu e prosperou o Estado moderno, desde que este pôde com boa fortuna suceder à dispersão dos ordenamentos medievos. Com efeito, o unitarismo do poder é ainda dos mais fortes sopros que animam a vida dos ordenamentos estatais nestes tempos, exprimindo tendência manifesta em inumeráveis corpos vivos de sociedades políticas (BONAVIDES, 1983, p. 189).

Por sua vez, trata-se a Confederação, em síntese, de uma forma de união de Estados em que cada Estado tem sua soberania salvaguardada. Contudo, submete-se a uma cooperação geral, cujo instrumento utilizado para sua formação, é um tratado ou convenção internacional formado pelos Estados que a compõem. Em virtude da sua pouca praticidade atualmente, essa forma de Estado é considerada, uma referência histórica, pois, segundo Raul Machado Horta, "já encerrou sua trajetória no domínio da organização de Estados, após as experiências relevantes da Confederação Germânica, da Confederação Suíça e da Confederação Norte-Americana" (HORTA, 1999, p. 303)

Em uma Confederação não há somente um ente soberano, mas sim, todos os estados-membros que a formam trazem consigo o aspecto da soberania, o que de fato, acaba por enfraquecer o centro político. Fato que, possivelmente, é fator expressivo quando se afirmar ao insucesso da forma confederativa no Estado americano, questão que será abordada à frente (ROCHA, 1997).

Ao seu turno, desponta o Estado Federal como aquele cujas competências são repartidas, ou seja, no qual o poder político – diferentemente do Estado Unitário – é descentralizado. Ainda, outra característica forte, é a Constituição Federal como símbolo do pacto federativo, pacto esse, que dificilmente será alterado. Augusto Zimmermann (1999) bem esclarece a relação entre essas duas características, ao observar que a solidariedade nacional é o esteio que sustenta o correto funcionamento da organização federal. Acrescenta, ainda, que a estrutura de uma Federação jamais poderá funcionar adequadamente se não houver mútuo respeito entre os governos do complexo Estado Federal, especialmente no que tange a partilha de competências desenhada pela Constituição.

O Estado Federal é uma fusão de Estados onde a Constituição Federal é o mecanismo apto a para sua criação jurídica-positiva. Assim, os Estados que compõem a Federação – Estado Federal – detém autonomia constitucional, sendo essa, limitada por princípios constitucionais. A autonomia dispensada aos Estados componentes ou Estados federativos, revela que cada Estado terá um órgão legislativo a quem competirá as matérias constitucionais do próprio Estado componente.

REFLEXÃO SOBRE A AUTONOMIA DOS ESTADOS-MEMBROS E A NECESSIDADE DE REPENSAR A FEDERAÇÃO BRASILEIRA

O Estado Federal, como já mencionado, assenta-se no princípio da autonomia dos entes que compõem a Federação. Sublinhando aqui, o intento de frisar e acentuar que a autonomia é a capacidade conferida aos entes federados – União, Distrito Federal, Estados-membros e Municípios – para exercerem as atividades constitucionais em seus respectivos âmbitos, já pré-estabelecidos na essência dos arts. 25, 29 e 32 CRFB (SILVA, 2000). Lembra-se aqui que o texto possui a condição de atuar como limitador da autonomia das unidades federadas, pois nenhum ente federado é dotado de autonomia absoluta. Como enfatiza Augusto Zimmermann a essência da autonomia dos entes federados "repousa sobre a regra objetiva da Constituição Federal, para que, em toda sua rigidez, resulte-se a sobrevivência da pluralidade federativa, a garantia da liberdade das partes e da atividade própria da União" (ZIMMERMANN, 1999, p. 81).

A autonomia destinada aos entes federados está intrinsecamente direcionada à repartição dos recursos financeiros. Não há como duvidar que a capacidade financeira do ente federado, assegura ao mesmo o exercício eficaz de suas competências previamente arbitradas, para que não haja dependência entre os entes e crie-se uma cadeia de subordinação ou até mesmo, algum fator que dê ensejo a figurar qualquer hipótese de hierarquia entre os entes. José Alfredo de Oliveira Baracho discorre sobre a importância e necessidade do equilíbrio constitucional financeiro, afirmando que os recursos financeiros federais devem beneficiar cada nível de governo, mas atentando pelo resguardo da autonomia política. Acrescenta o autor que "na linguagem dos equilíbrios constitucionais, dentro do sistema federal, é de grande importância o equilíbrio financeiro que leva à adoção das medidas necessárias à sustentação das atividades decorrentes do exercício da atividade de governo" (BARACHO, 1996, p. 16-26).

A autonomia política e administrativa dos entes federados está resguardada pelo modelo de organização federativa, o qual discrimina as competências tributárias, bem como a arrecadação fiscal (VIEIRA, 2014). Assim, depreende-se que a autonomia dos Estados-membros, bem como a repartição constitucional de competências, são aspectos fundamentais do sistema federativo que não podem ser desvinculados (HORTA, 1999). Nesse sentido, compreende-se que a Federação é caracterizada pela repartição de competências, bem como pela repartição de rendas, acompanhadas de certa autonomia, sendo legítima a afirmação de que a "atividade financeira do Estado deve estar atrelada a um mecanismo arrecadador, caracterizado na tributação, sob pena de inviabilizar-se a atuação estatal" (SANTOS, 2005, p. 188-198).

Raul Machado Horta reconhece a dependência entre os entes da Federação e nesse sentido refere ser notório que "os Estados, os Municípios e o Distrito Federal estão – uns mais, outros menos – sucumbindo à míngua, sendo obrigados a pedinchar favores à União. Os Municípios, de regra, também são grandes devedores dos Estados" (HORTA, 1999, p. 794). Assim, possível verificar o descompasso entre o ideal e o real. A dependência financeira que permeia a relação dos entes federados descaracteriza o sistema federativo. Nesse contexto, observa-se a nítida influência da natureza e do tipo histórico que adveio à Federação para com a repartição constitucional de competências. Quando a descentralização é mais intensa, dá aos Estados federados competências mais vastas, tal como ocorre no federalismo americano. Em contrapartida, quando a competência da União é mais larga e intensa, fica caracterizada a centralização do poder e, por consequência, restrição das competências dos demais entes federativos, como ocorre no federalismo brasileiro (SILVA, 2000).

A Federação brasileira, com seu caráter tridimensional, uma vez que reconhece e engloba como ente autônomo os Municípios, carrega maior complexidade, pois é mais um nível de governo inserido no sistema que requer efetiva distribuição de competências atentando às diversidades existentes (GUSMÃO, 2008). A autonomia municipal reconhecida pelo texto constitucional de 1988, ainda aparece mais no plano teórico do que prático, envergando-se ao constituinte estadual, que nem sempre deu a necessária ênfase ao princípio da autonomia municipal e, em vários casos, o sucumbiu pelo impacto da intensa atividade estadual (HORTA, 1999).

A difundida convicção da necessidade de repensar o Estado Federal brasileiro, cimentado pelo federalismo clássico, se dá em decorrência do retraimento da autonomia dos entes locais que

culmina na centralização do poder. Diante de tal perspectiva, Raul Machado Horta (2011) identifica que devem ser revistos tais problemas, visando soluções para tanto.

A partir disso, o autor aponta que a Constituição Federal brasileira deve ser revista para uma reconstrução federativa, determinando que tal reconstrução parta da desconstituição da tendência centralizadora do poder, ou seja, o autor afirma que primeiro deve ser revista a técnica constitucional da repartição de competências, pois é de onde desponta o movimento de centralização do poder. Ainda, complementa que o sistema federativo brasileiro está calcado no sistema norte-americano, porque ainda se mantem fiel aos poderes enumerados da União, bem como, mantém os poderes reservados aos Estados (HORTA, 2011).

Interessante observar, também que o equilíbrio almejado pelo sistema federativo brasileiro, já não se enquadra mais somente na relação da União e dos Estados-membros, atores do federalismo dualista, mas sim, pretende englobar outro nível do governo, qual seja, o governo municipal. Só assim, garantir-se-ia o equilíbrio no sistema federalista, com a efetiva autonomia das unidades federadas e consequente descentralização real do poder.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Teve o presente artigo, como escopo, o fito de analisar a Federação brasileira, sob o prisma da repartição constitucional de competências estabelecida pela Constituição da República Federativa do Brasil, denotando que essa distribuição de competências é a essência e a estrutura do sistema federativo brasileiro.

Para alcançar o referido entendimento, perfez-se um caminho histórico-metodológico amparado por conceitos e construções teóricas, partindo da magnitude da ideia de Estado e de seu valor político. Verificou-se que seu conceito não é rígido, pelo contrário, tende a sofrer mutações, pois se aperfeiçoa ao longo do tempo e do território, podendo, assim, afirmar que se trata de um processo em desenvolvimento.

Verificou-se ser possível identificar formas estatais a partir dos centros de poder juridicamente estruturados a ser exercido em um território. O manejo da distribuição de poder em um Estado confere a esta determinada forma estatal.

Quando se constata a centralização do poder, estar-se-á diante de um Estado Unitário. Essa forma estatal se caracteriza pela unicidade do poder, que se exerce sob o território, concentrando os poderes administrativos e legislativos em um único centro capaz de exercê-los. Contudo, admite-se que o Estado Unitário seja divido em regiões dotadas de autonomia, cuja natureza será meramente político-administrativa e não de matriz constitucional.

Doutra parte está a forma confederativa que é composta pela reunião de Estados, todos dotados de soberania, cuja formação se perfectibiliza por um tratado ou convenção internacional. Em virtude de ser formada por Estados soberanos, não fica configurado um centro político forte e sólido. Ademais, observa-se nessa forma de estado o direito à secessão, característica fortemente ligada ao caráter soberano adquirido pelos Estados confederados, que possibilita ao Estado se retirar da confederação.

Desponta, ainda, o Estado Federal, como a forma estatal que visa à descentralização do poder, sendo a Constituição Federal o símbolo (e o marco instituidor) do pacto federativo. Intrínseco a uma Federação é o princípio da indissolubilidade, que não permite a fragmentação do Estado Federal com a retirada de um de seus entes. Inclusive, no caso brasileiro, o cunho da indissolubilidade está vinculado ao artigo 1º da Constituição Federal, tornando indissolúvel o pacto federativo.

Disposto está, na Constituição brasileira, o enunciado que declara ser o Brasil, uma República Federativa. Entretanto, trata-se de uma premissa teórica, sendo discutível a real inserção de tal princípio na realidade fática, pois não se trata apenas de fixar o princípio no texto constitucional. Pelo contrário, é muito maior que isso, trata-se de reconhecer e viabilizar os pressupostos necessários para a efetivação de uma Federação, tais como a real e legítima autonomia das unidades federadas.

Propôs o constituinte de 1988 a descentralização do poder. Contudo, ainda há traços flagrantes de que tal intento que não se concretizou por inteiro, confrontando, assim, o princípio federativo consagrado pelo texto constitucional. Diante de tal argumento, afirma-se a necessidade de reconhecimento e viabilidade do caráter da autonomia a cada ente federado, além de especificar a colocação de cada ente na estrutura constitucional do sistema federativo brasileiro – Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

Em análise a autonomia das unidades federadas, deixa-se claro tratar-se de uma autonomia limitada, não plena, pois os entes federados devem atentar quanto a preceitos constitucionais já pré-estabelecidos, que delimitam, portanto, suas atividades. Atuando a Lei Maior como limitadora da autonomia das unidades federadas. Indubitável é a imprescindibilidade da autonomia dos entes para a configuração de uma Federação.

A repartição constitucional de competência de 1988, à primeira vista, tencionou-se à descentralização do poder, ponto que tem sido a tônica do sistema federalista brasileiro. A Constituição da República Federativa do Brasil demonstrou acatar a ideia da descentralização do poder, contudo, persiste vigorosa concentração de poderes no âmbito do governo central.

Aos reflexos daquilo já exposto, considera-se o empoderamento da União, frente aos demais entes, convergindo na necessidade de reestruturação do sistema federativo, que engloba a reforma do sistema constitucional tributário. Mostra-se necessário que o federalismo tridimensional brasileiro se encaminhe no sentido de maior cooperação entre as unidades federadas, movimento tido como inevitável e imprescindível, sendo o efeito do federalismo cooperativo. Contudo, mesmo reconhecendo a necessidade de maior cooperação entre os entes, frisa-se a necessária cautela, para que não configure e, tão pouco, se afirme hipótese de interdependência dos entes com consequente dissipação da autonomia das unidades federadas, elemento intrínseco do sistema federalista.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1991.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A Federação e a revisão constitucional – as novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras – a cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** v. 14/1996, jan./mar., 1996. p. 16-26; **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional,** v. 3, mai./2011, p. 121-136. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000015724 99a78cef5977fa&docguid=I15185dd0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I15185dd0f25311dfab6f0100000 00000&spos=1&epos=1&td=736&context=10&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 13 set. 2016.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Ciências políticas.** 10. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3A7ao.htm>. Acesso em: 29 mai. 2016. "Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito constitucional tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRERI, Janice Helena. A Federação. In: BASTOS, Celso (Coord).. **Por uma nova Federação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GROPPALI, Alessandro. **Introdução ao estudo do Direito.** Coimbra: Coimbra, 1978.

GUSMÃO, Omara Oliveira de. A repartição de competência tributária como mecanismo de equilíbrio federativo: o problema brasileiro. **Revista Tributária e de Finanças Públicas,** v. 81, jul./ago., 2008, p. 121-146. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015 80dd88106dc2f3b9b&docguid=I6e4a6c30f25411dfab6f010000000000&hitguid=I6e4a6c30f25411dfab6f0100000 00000&spos=1&epos=1&td=1&context=185&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 27 out. 2016.

HORTA, Raul Machado**. Direito constitucional.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HORTA, Raul Machado. Organização Constitucional do Federalismo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.** Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/980/914>. Acesso em: 11 jun. 2016.

HORTA, Raul Machado. Reconstrução do federalismo brasileiro. **Doutrinas essenciais de direito constitucional,** v. 3, mai./2011, p. 211-230. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000157d4 ed9fcfc79b13f7&docguid=I4254aac0682111e181fe000085592b66&hitguid=I4254aac0682111e181fe000085 592b66&spos=1&epos=1&td=1&context=133&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 17 out. 2016.

JELLINEK, Georg. **Teoria general del Estado.** Bueno Aires: Albastros, 1954.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado.** Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACHIAVELLI, Niccolo. **O Príncipe de Maquiavel.** Tradução de Roberto Grassi. 19. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad,1953.

PAUPÉRIO, A. Machado. **Anatomia do Estado.** Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. **A intervenção federal e o federalismo brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **República e Federação no Brasil.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SANTOS, Nélida Cristina. Breves considerações a respeito do sistema constitucional tributário brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional,** v. 51/2005, abr./jun., p. 188-198. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000157fc43925df8c47b24&docguid=I6d4ec390f25311dfab6f010000000000&hitguid=I6d4ec390f25311dfab6f010000000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 out. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIEIRA, Lucas Pacheco. Uma releitura das contribuições sociais à luz do federalismo fiscal. **Revista Tributária e de Finanças Públicas,** v. 115/2014, mar./abr., p. 91-113.

WEBER, Max. **Economia e sociedade:** Fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: UnB, 2004.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria geral do federalismo democrático.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PODER ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR: DISCRICIONARIEDADE E LIMITES DA REVISÃO JUDICIAL

Josias Matheus Duarte[1]
Dailor dos Santos[2]

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro filia-se à concepção de uma jurisdição una, outorgando ao Poder Judiciário a inafastabilidade da jurisdição, consagrada no preceito constitucional de que nenhuma lesão ou ameaça a direito estará imune à intervenção judicial. Na própria Carta Constitucional também restou definido o princípio da separação dos poderes o que, entre outras perspectivas de atuação do Estado, acabaria por fixar limites ao Poder Judiciário na apreciação do mérito da atuação administrativa.

A partir disso, o desiderato do presente artigo será abordar, consubstanciado na doutrina e na jurisprudência, quais são os limites jurisdicionais na apreciação dos atos administrativos que impõem sanções disciplinares a servidores públicos e de que modo o Poder Judiciário efetua essa análise.

Adentrar-se-á desta forma no estudo do controle judicial do ato administrativo, ponto em que se situa a discussão principal proposta no presente artigo. Neste ponto, buscar-se-á verificar a partir das compreensões doutrinárias os limites que o Poder Judiciário possui quando efetua a análise de um ato administrativo sancionador. Após, serão analisadas decisões dos tribunais superiores e castrense gaúcho, com o objetivo de verificar até que ponto e sob quais critérios o Judiciário poderá avaliar os atos administrativos sancionadores, diante das dissonâncias evidenciadas na doutrina administrativista tradicional.

PODER ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O Direito Administrativo como ramo autônomo, surgiu durante a concepção do Estado Moderno, juntamente o Direito Constitucional e os demais ramos do Direito Público, quando do desenvolvimento do conceito de Estado de Direito, alicerçado sobre o princípio da legalidade e da separação dos poderes e tendo como premissa a proteção dos direitos individuais, bem como, o resguardo e a fixação de limites na relação entre os particulares e o Estado. [3]

Sua formação foi impulsionada após a divulgação da proposta escrita por Montesquieu, no livro *L´Esprit dês Lois*, em 1748, o qual propunha a teoria da separação dos poderes. Até então,

[1] Bacharel em Direito pela Universidade Feevale.
[2] Mestre em Direito pela Unisinos. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: dailor@feevale.br.
[3] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 24.

diante do absolutismo monárquico, tais ideias eram extremamente repelidas, pois era inconcebível a concessão de qualquer benesse aos súditos.[4]

No Brasil, o Direito Administrativo começa a ganhar os atuais contornos após o ano de 1889, com o início do período republicano. O Direito Administrativo brasileiro sofreu influências europeias, italianas, francesas e ainda norte-americanas, tendo em vista a constituição de uma República presidencialista, nos moldes dos Estados Unidos, competindo o monopólio jurisdicional ao Poder Judiciário, o que implicou na extinção da jurisdição administrativa, pouco exercida no Brasil.[5]

Quanto ao Direito Administrativo Disciplinar – um vértice do Direito Administrativo - pode-se afirmar que este ocupa-se dos fatos atinentes às responsabilidades e deveres atribuídos aos servidores públicos, e também dos atos omissivos e comissivos que praticam, e que por força de Lei, suscetíveis estarão a determinada penalidade.[6]

Imanente do Direito Administrativo Disciplinar, verifica-se a existência do poder disciplinar. O poder disciplinar vem a ser o múnus que determinada autoridade administrativa detém, com o desígnio coibir condutas irregulares, punindo os ilícitos administrativos, contrários ao exercício normal do órgão, incidindo em sua maioria sobre os servidores, podendo também, em alguns casos, alcançar outras pessoas, estando neste contexto intimamente ligado ao poder hierárquico.[7]

Expõe Sílvio Dobrowolski, com relação ao papel da Administração e à faculdade que possui de punir o agente infrator:

> A Administração Pública, para bem cumprir com suas finalidades, necessita que o pessoal do seu serviço desempenhe as tarefas a si atribuídas com a maior perfeição possível, observando os deveres e proibições definidas pelo ordenamento jurídico. Por isso, se reconhece àquela a faculdade de punir, com a imposição de penalidades, as infrações praticadas pelos servidores ao seu Estatuto. É o poder disciplinar.[8]

Pode-se afirmar que o poder disciplinar tem, também como característica, a discricionariedade imposta ao julgador, que poderá aplicar a reprimenda mais oportuna e conveniente, dentre as previstas em rol normativo.[9]

PODERES E PRINCÍPIOS IMANENTES DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Administração Pública, mesmo em sede administrativa e no âmbito de seu poder disciplinar, deve atender aos primados do Devido Processo Legal, dos princípios insculpidos na Constituição Federal e nos diplomas legais que regulam os processos disciplinares, sendo que neste

---

[4] MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 49.

[5] DE ARAÚJO, Edmir Netto. **Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 74-75.

[6] DE AZEVEDO, Sylvio Ximenez. **Direito Administrativo Disciplinar em Perguntas e Respostas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1988, p.1.

[7] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 135.

[8] DOBROWOLSKI, Sílvio. Processo Administrativo Disciplinar: direito de defesa e controle judicial. **Revista de informação legislativa**, v. 18, n. 72, p. 253-266, out./dez. 1981. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181341>. Acesso em: 26 mar.2016.

[9] HERNANDEZ, Ary César. O contraditório e a ampla defesa no processo administrativo. **Revista Justitia,** v. 189/192, n. 62, São Paulo, p. 263. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/x5aww3.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2016.

ponto serão analisados com especial relevância os princípios da legalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade, que, em matéria administrativa disciplinar, se avultam.

A importância dos citados princípios encontra-se sedimentada tanto na doutrina como na jurisprudência pátria. Exemplo disso repousa na decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando do julgamendo do Recurso Especial nº 687.947/MS. O relator, Ministro Carlos Meira, aduz que "Ao processo administrativo devem ser aplicado tanto os princípios constitucionais insculpidos no artigo 37 da Carta Magna, quanto nos diplomas específicos." Reafirma, ainda, que "É dever da administração Pública pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais(..).."[10]

O princípio da legalidade contitui uma das mais relevantes garantias dos direitos individuais, ao passo de que a lei define a atuação administrativa do Estado mas também, na lei, é definida os limites dessa atuação no que diz respeito, principalmente as restrições de direitos aplicadas as pessoas, visando o bem maior da coletividade.[11] Pode-se com isso, afirmar que o administrador, no exercício de sua função, está sujeito ao comando legal. A partir dele deverá pautar a sua conduta, sem se afastar ou se desviar. O administrador não poderá satisfazer vontades pessoais, sendo que na Administração Pública, somente poderá ser feito o que a lei permite, partindo da ideia que as leis administrativas são, em sua essência, de ordem pública.[12]

Quanto ao princípio da proporcionalidade, este gera certa dúvida em parte da doutrina administrativista eis que por vezes é citado como razoabilidade. Com efeito, tanto ele quanto a razoabilidade refletem-se no impedimento à Administração Pública de que imponha restrições ou obrigações desmedidas:

> Consiste, em linhas gerais, no dever de não ser impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior ao estritamente necessário ao atendimento do interesse público. Em outras palavras, implica a busca de uma relação de equilíbrio entre o exercício do poder pelo legislador/administrador e a preservação dos direitos do cidadão, através do emprego de meios adequados e necessários à consecução das finalidades públicas, vedada a utilização de meios desproporcionais.[13]

Partindo da ideia de que proporcionalidade é um princípio autônomo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ensina que esta corresponde ao esperado equilíbrio dos sacrifícios e das benesses que resultam das ações administrativas.[14]

A proporcionalidade a nível constitucional, não adquire a mesma relavância que em determinadas normas de Direito Administrativo, como é o caso do art 2º da Lei nº 9.784/99, que

---

[10] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 687.947/MS.** Rel. Min. Carlos Meira. Data do julgamento: 03 ago. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=607062&num_registro=200401281288&data=20060821&formato=PDF>. Acesso em: 07 abr. 2016.

[11] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 64.

[12] MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro.** 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 90-91.

[13] SELIGMAN, Rogério Ponzi. O princípio constitucional da proporcionalidade em atos de improbidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo,** n. 238, 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44081>. Acesso em: 29 mar. 2016.

[14] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 111.

traz em seu âmago a descrição de tal princípio.[15]Tal lei determina que os processos administrativos sejam regidos pelo critério da adequação entre os meios e fins, vedando a imposição de sanções que extrapolem o interesse público.[16]

O conceito de razoabilidade, oriundo da família *Common Law,* pode ser interpretado como o direito que o indivíduo possui a um devido processo razoável. Nesse sentido, depreende-se o entendimento de que a palavra "devido" deve ser interpretada no sentido de "razoável".[17]

Seguindo a lição de Bandeira de Mello, as condutas incoerentes, bizarras ou praticadas em desacordo com os critérios de uma pessoa com discernimento e prudência normais, são ilegítimas e passíveis de serem invalidadas judicialmente. Apesar de a Lei ter atribuido ao administrador liberdade para adotar certas providências diante das situações rotineiras, não quer dizer que a Administração possa agir sob seus critérios pessoais, paixões ou humores, e tampouco poderá ela manobrar o Direito em favor de interesses escusos e não pretendidos.[18]

As reprimendas a serem aplicadas devem possuir correlação com a falta efetivamente cometida. Portanto, a sanção deve trazer em seu interior, por questão de justiça e moralidade, certa conformidade com a trangressão que lhe deu causa. Assim, deverá sempre haver equivalência entre o fato cometido e a reprimenda aplicada, sendo que um ato disciplinar desassistido de proporcionalidade fere não somente a moralidade como também a legalidade.[19]

Quanto a aplicação do princípio da razoabilidade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, aduz o seguinte:

> Embora com raízes nos dois grandes sistemas jurídicos do Ocidente – o romano-germânico e o anglô-saxão – o *princípio da razoabilidade* não recebe terminologia homogênea e até varia de conteúdo, ora também designado como *princípio da proporcionalidade*, ora como *princípio da interdição do excesso*, mas parece haver concordância em que nele se contém três exigências metodológicas aplicativas: (1) a de *adequabilidade* da medida para atender o resultado pretendido; (2) a de *necessidade* da medida, quanto outras, que possam ser mais apropriadas, não estejam à disposição do agente; (3) e a de *proporcionalidade no sentido estrito*, aferida, de um lado, entre os inconvenientes que possam resultar da medida e, de outro, o *resultado* a ser alcançado. Assim é que a aplicação do princípio da razoabilidade visa afastar o arbítrio que decorrerá, inversamente, na inadequação entre meios e fins, da desnecessidade dos meios para atingir os afins e da desproporcionalidade entre os meio empregados e os fins a ser alcançado.[20]

Ainda, existem poderes administrativos que são correlatos ao poder disciplinar. Acerca destes poderes verifica-se que os atos vinculados (praticados no exercício do poder vinculado) são aqueles que, diante de prévia disposição legal do único e possível comportamento do administrador, fixam uma conduta determinada e vedam o agir em qualquer sentido contrário, competindo à

---

[15] DA COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar.** Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 119.

[16] MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro.** 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 97.

[17] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 193.

[18] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 111.

[19] DA COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar.** Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 111-112.

[20] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial**.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 110.

Administração Pública unicamente verificar o preenchimento dos requisitos legais para que o ato, com os contornos legalmente expostos, seja praticado. Portanto, não á margem alguma para possíveis escolhas, pois a Lei já constituiu o comportamento a ser adotado pelo administrador.[21]

Os atos discricionários(decorrentes do poder discricionário), por sua vez, são os praticados pela Administração Pública com certa maleabilidade, consubstanciado-se no que preconizam os princípios da conveniência e oportunidade.[22]

O poder discricionário igualmente se liga ao poder disciplinar, pois o superior hierárquico, após a apuração de uma falta do agente público, poderá escolher a sanção administrativa a ser aplicada ao mesmo, dentro de uma margem prevista em lei.[23]

Ainda, correlato ao poder disciplinar verifica-se a ocorrência do poder hierarquico. Odete Medauar afirma que, em decorrência do poder hierárquico o superior possui a competência, verdadeiro poder-dever, de controlar as atividades do órgão e de seus subordinados, dar instruções e ordens, rever atos praticados por subordinados e decidir conflitos de competências havidos entre eles. Assenta Odete Medauar que "O poder hierárquico configura, assim, instrumento para que as atividades de um órgão ou ente sejam realizadas de modo coordenado, harmônico, eficiente, com observância da legalidade e do interesse público."[24]

ATO DISCIPLINAR E SEUS ELEMENTOS

Bem assenta Marçal Justen Filho que o "Ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa."[25]

José Armando da Costa aduz que o ato disciplinar é um ato administrativo, devido aos princípios que o regem: "Vinculado que é ao Direito Administrativo, não é o ato disciplinar outra coisa que não uma espécie de ato administrativo, estando pois, mutatis mutandis, sujeito aos mesmos princípios e às mesmas normas que regem o ato administrative".[26]

No que se refere aos requisitos dos atos administrativos, a competência diz respeito à autoridade que possui o poder para praticar o ato. É a primeira condição a ser verificada para fins de validade do ato administrativo. Assim, nenhum ato praticado por autoridade incompetente é capaz de ser validado e gerar efeitos. Nesta seara Hely Lopes Meirelles, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho aduzem que a "competência administrativa, sendo um requisito de ordem pública, é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados."[27]

No que diz respeito ao objeto do ato disciplinar, pode-se afirmar que este vem a ser a sanção disciplinar imposta. Geralmente o aspecto quantitativo da sanção é discricionário quanto ao objeto,

---

[21] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 434-435.

[22] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 434.

[23] VELOSO, Waldir de Pinho. **Direito processual administrativo.** Curitiba: Juruá, 2010, p. 195.

[24] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 137.

[25] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 383.

[26] DA COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar.** Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 87.

[27] MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 161.

contudo, a aplicação de sanções mais gravosas, apesar de não serem totalmente vinculadas, possuem pouca margem de discricionariedade para o Administrador agir, enquanto as menos gravosas possuem maior exame de oportunidade e conveniência na decisão da autoridade julgadora.[28]

Acerca do requisito da finalidade José Armando da Costa, define que esta é sempre vinculada no ato disciplinar, "pois não se entende como válido um ato punitivo que não tenha sido editado com a finalidade de preservar a disciplina e a regularidade do serviço público."[29]

Para que o ato administrativo seja perfectibilizado, este também deve obedecer ao requisito da forma, ou seja, deve ser exteriorizado conforme preconiza a lei. Tal exigência se faz presente haja vista sua constante comparação com a lei e auditagem pelo Judiciário e pela própria Administração.[30]

No ato disciplinar, o motivo vem a ser a transgressão, propriamente dita, cometida pelo servidor. São as razões que motivaram a aplicação de determinada reprimenda disciplinar e será dotado, ainda que de maneira moderada, de discricionariedade. Poderá, assim como o objeto do ato disciplinar, ser vinculado ou discricionário: vinculado será, quando a lei definir precisamente o comportamento para o agir da Administração ou será um motivo discricionário, quando for dada liberdade ao administrador, na escolha do motivo condicionante do ato disciplinar.[31]

Verifica-se, do acima exposto, que o ato disciplinar vem a ser um comportamento interno da Administração, que consubstanciado na forma, motivo e objeto definidos em lei, é praticado pelo agente competente com vistas a aplicar uma reprimenda disciplinar àquele servidor que cometer um ilícito administrativo, visando à manutenção do serviço, bem como, seu aperfeiçoamento.[32]

CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

MÉRITO ADMINISTRATIVO

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o termo mérito por vezes é utilizado de forma diversa do entendimento clássico, mas segue indicando a conduta administrativa vinculada à valoração da própria Administração, seu exclusivo campo de atuação:

[28] DA COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar.** Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 103.
[29] DA COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar.** Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 104.
[30] MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 162.
[31] DA COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar.** Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 100-104.
[32] DA COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar.** Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 90.

> O termo mérito, no Direito Administrativo, tem sido empregado, algumas vezes, em sentido um pouco diverso do sentido clássico. Quando se faz referência ao controle de mérito, no entanto, a intenção é considerar aqueles aspectos da conduta administrativa sujeitos à valoração dos próprios agentes administrativos. Significa, pois, aquilo que é melhor, mais conveniente, mais oportuno, mais adequado, mais justo, tudo, enfim, para propiciar que a Administração alcance seus fins.[33]

José Cretella Júnior, quanto ao mérito administrativo, aduz o seguinte:

> Na prática, *in concreto*, o mérito apresenta-se como a ponderação pessoal da autoridade administrativa sobre determinados fatos, que levam a decidir num sentido ou noutro e, até mesmo, a nada decidir. Essa ponderação pessoal é traduzida em um juízo de valor. Isto é melhor, isto é útil, isto é oportuno, isto é conveniente.[34]

Cumpre salientar que mérito administrativo diverge de mérito processual. O mérito administrativo abarca aspectos não vinculados dos atos administrativos, sendo aqueles que permitam, em análise, a valoração da conveniência, da justiça, da oportunidade e também, da eficiência. Muito embora questões de mérito retratem o poder discricionário da Administração, tais atos poderão ser anulados pelo Poder Judiciário, se, sob o argumento do mérito, for cometido algum abuso, ilegalidade ou desvio de poder.[35]

O CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO: PARÂMETROS GERAIS E LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL

O ato administrativo disciplinar, não foge ao controle, tanto interno como externo. No âmbito interno é exercido por autoridades com ascendência funcional àquela que praticou o ato punitivo, abrangendo nessa análise aspectos de legalidade e mérito. No âmbito externo e, respaldado no que prescreve o art. 5°, inciso XXXV da Carta Constitucional[36], qualquer ameaça ou lesão a direito poderá ser levada à apreciação do Judiciário.[37]

O Brasil, ao adotar o sistema da jurisdição una, outorgou ao Judiciário a prerrogativa exclusiva de avaliar e julgar, eventuais lesões a direitos, sejam estes, individuais ou coletivos, em observância ao que prescreve o artigo 5°, inciso XXXV, da CF/88. Desta forma, tornou-se proibida a edição de qualquer lei que almeje excluir da apreciação do Judiciário ameaças e lesões a direitos. Nesta seara, a autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, afirma que "De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados."[38]

---

[33] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 957.

[34] CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 244.

[35] MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 151.

[36] Art. 5° 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; In: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

[37] REZENDE, Adriana Menezes de. **Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 64-65.

[38] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 816.

Percebe-se que o controle jurisdicional tem por objetivo, examinar a legalidade dos atos e da atividade administrativa em si, desfazendo os atos contrários ao Direito e confirmando os legais.[39]

Nesse passo e com relação aos atos discricionários, afirma a doutrina que, compete ao Judiciário avaliar a legalidade do ato e seus aspectos, apurando se não foram extrapolados os limites da discricionariedade, pela Administração. Assim, o principal limite à discricionariedade do Administrador é a legalidade.[40]

Questão de extrema importância diz respeito ao efetivo alcance por parte no Poder Judiciário no controle jurisdicional da Administração Pública. Odete Medauar expõe as duas correntes que buscam fixar limites ao tema:

> Há um posicionamento favorável ao controle restrito, para que se circunscreva à legalidade entendida também de modo restrito. Em geral, os argumentos dessa linha são os seguintes: impossibilidade de ingerência do Judiciário em atividades típicas do Executivo, ante o princípio da separação de poderes, daí o âmbito do Judiciário ser a legalidade em sentido estrito; os integrantes do Judiciário são desprovidos de mandado eletivo, não tendo legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público. De acordo com essa linha, no controle do ato administrativo o Judiciário apreciaria somente matéria relativa à competência, forma e licitude do objeto. Outro entendimento inclina-se por um controle amplo, ante os seguintes fundamentos: pelo princípio da separação dos poderes, o poder detém o poder, cabendo ao Judiciário a jurisdição, e, portanto, o controle jurisdicional da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida; por outro lado, onde existe controle de constitucionalidade da lei, a invocação da separação de poderes para limitar a apreciação jurisdicional perde grande parte de sua força.[41]

Há que se ter em mente, sempre, o que difere os atos vinculados dos discricionários. Sendo um ato estritamente vinculado, o controle judicial encontra ampla margem de atuação uma vez que seus termos estão definidos em lei. Caso esse ato não esteja em conformidade com a lei, o Poder Judiciário poderá decretar sua nulidade. Em se tratando de atos discricionários, poderá o Judiciário, de forma limitada, efetuar seu controle, desde que respeitada a discricionariedade definida em lei para a Administração.[42]

Nesta senda, Diogenes Gasparini afirma que nos casos concretos o controle jurisdicional limita-se tão somente ao exame de legalidade do ato ou mesmo da atividade administrativa, não podendo o Poder Judiciário auferir o mérito do ato, ou melhor, a conveniência e a oportunidade,[43] entendimento seguido por Marçal Justen Filho quando afirma que o Judiciário possui ampla competência para investigar a atuação administrativa, contudo, deverão ser "respeitados os limites do mérito das escolhas adotadas no exercício de competência discricionária."[44]

Atualmente destacam-se duas teorias que limitam o exercício do poder discricionário e desta forma, ampliam a margem de análise por parte do Judiciário; a teoria do desvio de poder e a

---

[39] GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 16. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1046.

[40] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 133.

[41] MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 463-464.

[42] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 225.

[43] GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 16. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1046.

[44] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1237.

teoria dos motivos determinantes. Na primeira, o desvio de poder há quando, usando-se da faculdade discricionária, o Administrador atinge um fim diverso do que a lei fixou. Neste caso, o Judiciário poderá decretar a nulidade do ato já que praticado com uso indevido do poder discricionário. No que tange a teoria dos motivos determinantes, a autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro bem a sintetiza:

> Outra é a teoria dos motivos determinantes, já mencionada: quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto. O Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência. Por exemplo, quando a lei pune um funcionário pela prática de uma infração, o Judiciário pode examinar as provas constantes do processo administrativo, para verificar se o motivo (a infração) realmente existiu. Se não existiu ou não for verdadeiro, anulará o ato.[45]

Muito embora grande parte da doutrina entenda que não há a possibilidade do Poder Judiciário ingressar na análise do mérito do ato administrativo, tal situação "não encontra guarida em termos absolutos".[46]

Ainda que pudesse haver alguma dúvida quanto à possibilidade do Poder Judiciário efetuar o controle dos atos praticado pela Administração, ao se analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), na qual foi relator o Ministro Ricardo Lewandowski, nos autos do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 640.272-1/DF, julgado em 02 de julho de 2007, percebe-se que o Poder Judiciário possui, em tese, autonomia plena para analisar os atos administrativos praticados por outro Poder, sem que isso venha a ferir o princípio da separação dos poderes. Tal circunstancia é admitida diante da previsão constitucional do artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88[47], que dispõe que eventual ameaça a direito, a lei não poderá afastar a apreciação do Judiciário. Desta forma, delimitada eventual mácula no ato proferido, poderá o Judiciário afastar a sua aplicação.[48] Persiste, todavia, o questionamento: sob quais limites – e diante de quais situações – poderá o mérito do ato ser avaliado judicialmente?

O exame da legalidade e do controle de mérito dos atos administrativos foi objeto de inúmeros julgados também pelo STJ. Esta Corte, contudo, não seguiu um padrão em seus julgamentos. Quando, por exemplo, a possibilidade de anulação de questão de concurso público, os julgadores por vezes, entendem que o Judiciário não pode, no exercício do controle jurisdicional da legalidade, reexaminar os critérios de correção das provas, e por conseguinte, substituir a banca que realizou o exame; contudo, poderia o Judiciário avaliar se tais questões estavam previstas no

---

[45] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 226.

[46] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.549.118/RN.** Rel. Min. Humberto Martins. Data do julgamento: 17 dez. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1479880&num_registro=201502015026&data=20160210&formato=PDF>. Acesso em: 06 jun. 2016.

[47] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]. In: BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

[48] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no AI 640.272-1/DF.** Rel. Min. Ricardo Levandowski. Data do julgamento: 07 jul. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493368>. Acesso em: 08 set. 2016.

conteúdo programático do certame previsto no respectivo Edital. Aplicando entendimento diverso, estar-se-ia adentrando no controle do mérito administrativo, o que pelo entendimento dos ministros, seria vedado. Neste sentido, destacam-se as decisões proferidas nos autos do Recurso em Mandado de Segurança nº 18.318/RS, de relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 12 de junho de 2008[49] e o Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança de nº 29.039/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 25 de setembro de 2012.[50]

Entendimentos com fundamentações diversas também aplicou o STJ em casos semelhantes. Muito embora persista o entendimento de que não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora, sob o aspecto da legalidade – agora abordado de forma diversa – sendo verificando um erro material de fácil constatação, poderia a questão controvertida ser anulada pelo Judiciário, conforme se exemplifica a decisão no Recurso Especial nº 722.586/MG, julgado em 23 de agosto de 2005, em que o Ministro Arnaldo Esteves Lima, embora reconhecendo que os limites da atuação do Poder Judiciário limitam-se à legalidade das normas do edital, quando verificada a existência de erro material perceptível poderá a questão esta ser anulada pelo Poder Judiciário:

> Contudo, excepcionalmente, esta Corte tem firmado a compreensão de que, na hipótese de erro material, considerado aquele perceptível primo ictu oculi, de plano, pode o Poder Judiciário, tendo em vista a insistência da banca examinadora em manter o gabarito, declarar nula questão de prova objetiva de concurso público.[51]

Diante de tantos contrastes jurisprudenciais, foi levada a matéria ao crivo do STF, o qual, após a devida análise, proferiu a decisão nos autos do Recurso Extraordinário nº 632.853/CE, com repercussão geral, fixando a orientação de que os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário. Desta forma, resta impedido o Poder Judiciário de ingressar no mérito da questão, cabendo tal circunstância somente à banca examinadora. Contudo, havendo incompatibilidade do conteúdo das questões com o previsto no Edital do certame público, poderá o Judiciário intervir.[52] Depreende-se, a partir disso, a extrema dificuldade que o mérito do ato administrativo enseja, tanto em sua compreensão administrativa como na possibilidade, ou não, de controle judicial. A mesma problemática – agravada pelo sentido do ato, que suprimem direitos ou aplica penalidades – se dá na apreciação do ato disciplinar.

---

[49] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 18.318/RS.** Rel. Min. Nilson Naves. Data do julgamento: 12 jun. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=746153&num_registro=200400650947&data=20080825&formato=PDF>. Acesso em: 14 set. 2016.

[50] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RMS 29.039/DF.** Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Data do julgamento: 25 set. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1181826&num_registro=200900455540&data=20121002&formato=PDF>. Acesso em: 14 set. 2016.

[51] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 722.586/MG.** Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima. Data do julgamento: 23 ago. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=554087&num_registro=200500165923&data=20051003&formato=PDF>. Acesso em: 14 set. 2016.

[52] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 632.853/CE.** Rel. Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 23 abr. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8773734>. Acesso em: 14 set. 2016.

Há, por certo, outras situações que denotam o limite na apreciação da discricionariedade. Caso recente, a circundar os liames da discricionariedade, e a indicar a crescente apreciação judicial do que, antes, anunciava-se como critério exclusivamente administrativo: a possibilidade de restrição do uso de tatuagens para o ingresso em determinados cargos públicos. O caso levado ao exame do STF teve início na exclusão de um candidato do certame para o ingresso na Polícia Militar do Estado de São Paulo, devido ao fato de que ele possuía uma tatuagem na perna, a contrariar o previsto no Edital, que vedava o uso de tatuagens. Após as devidas instâncias recursais, e ao fato de ter sido reconhecido como relevante a ponto de ensejar repercussão geral, foi fixada a tese de que "Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais." Assim, novamente a temática da discricionariedade teve o seu entendimento rediscutido no âmbito dos Tribunais Superiores, no julgamento do Recurso Extraordinário de nº 898.450/SP, com a devida repercussão geral reconhecida.[53]

Como isso se dá no âmbito do Processo Disciplinar? No STJ a matéria já foi alvo de inúmeros debates e discussões. Em que pese a Administração, como já aduzido, possuir certa margem de discricionariedade na concepção de seus atos, aqueles que impõem sanção disciplinar não admitem discricionariedade segundo o STJ. Neste aspecto pode-se destacar o Mandado de Segurança nº 17.981/DF, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, ementado nos seguintes termos:

> [...]
> Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório.
> [...][54]

Verifica-se que o Judiciário detém autonomia ampla na sindicalização do ato administrativo sancionatório, uma vez que este não admite exame de discricionariedade, conforme já aduzido. Ainda que se aplique o entendimento de que o mérito administrativo pertence à autoridade que o emitiu, sendo vedado ao Judiciário reavaliá-lo, tal circunstancia não poderá obstaculizar a análise da dosimetria da penalidade aplicada e a falta cometida, impondo-se que seja seguido fielmente o pressuposto da individualização das penas e o binômio proporcionalidade e razoabilidade. Vislumbra-se, igualmente, que os princípios constitucionais examinados em momento antecedente, como por exemplo, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade ganha especial relevância,

[53] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 898.450/SP.** Rel. Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 17 ago. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4804268&numeroProcesso=898450&classeProcesso=RE&numeroTema=838>. Acesso em: 15 set. 2016.

[54] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 17.981/DF.** Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 25 fev. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1489951&num_registro=201103069610&data=20160303&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

em se tratando de aplicação de sanção disciplinar a um servidor faltoso, uma vez que sendo esta inadequada, desproporcional ou desarrazoada, poderá ser anulada a partir da atuação judicial:

> [...]
> 2. Deve o Poder Judiciário examinar a razoabilidade e a proporcionalidade do ato, bem como a observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e da individualização da sanção; por força destes princípios, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão de infração disciplinar.
> 3. O Poder Judiciário pode e deve sindicar amplamente, em Mandado de Segurança, o ato administrativo que aplica a sanção de demissão a Servidor Público, para (i) verificar a efetiva ocorrência dos ilícitos imputados ao Servidor; (ii) apurar as suas consequências lesivas à Administração, caso se comprove a sua prática; e (iii) mensurar a adequação da reprimenda à gravidade da infração disciplinar, de modo que a sanção não fique aquém do recomendável pela gravidade do ato e nem vá além do necessário ou razoável para reprimir o comportamento do agente.
> [...][55]

O STJ, conforme predispõem os julgados acima, encontra-se sintonizado com o entendimento do STF. Nesta seara, o Ministro Dias Toffoli, relator do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 634.900/PI, afirmou que não fere a separação dos poderes o controle exercido pelo Judiciário nos atos administrativos abusivos ou ilegais, bem como que pode o Poder Judiciário "aferir a razoabilidade e a proporcionalidade da sanção aplicável à conduta do servidor."[56]

Nesta seara, bem aduz o Ministro Humberto Martins, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.549.118/RN:

> Inicialmente, com relação ao argumento de que ao Poder Judiciário é vedado adentrar no mérito administrativo, este entendimento não encontra guarida em termos absolutos, uma vez que, constatada qualquer irregularidade ou abusividade, é plenamente possível afastar a penalidade aplicada, ao verificar que esta fere os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.[57]

Compreendendo essa possibilidade de sindicalização do ato abusivo e desprovido de razoabilidade, pode-se destacar o Recurso em Mandado de Segurança nº 35.299/PE, que teve como relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima. Tal Acórdão fez questão de salientar que, muito embora a conduta cometida (uso de documento falso), seja apta a ensejar a pena demissória, a sanção aplicada em um processo disciplinar, calcada em apenas uma prova testemunhal, viciaria a

---

[55] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 21.138/DF.** Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 27 maio 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1412635&num_registro=201401759743&data=20151013&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

[56] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no RE 634.900/PI.** Rel. Min. Dias Toffoli. Data do julgamento: 02 abr. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3831349>. Acesso em: 22 set. 2016.

[57] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.549.118/RN.** Rel. Min. Humberto Martins. Data do julgamento: 17 dez. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1479880&num_registro=201502015026&data=20160210&formato=PDF>. Acesso em: 06 jun. 2016.

motivação do ato, mostrando-se desarrazoada. No caso em comento, a servidora recorrente foi reintegrada ao serviço público e a punição aplicada foi anulada, pelos motivos aduzidos.[58]

Outro exemplo de punição aplicada pela Administração e que restou anulada pelo Poder Judiciário vincula-se à ausência de proporcionalidade da sanção. Na decisão do Mandado de Segurança nº 19.991/DF, da qual foi relator o Ministro Mauro Campbell Marques, houve a anulação da punição de demissão e a reintegração da servidora ao serviço público, uma vez que, a impetrante, embora tenha causado prejuízo ao erário, a partir do saque indevido de diárias, o valor apropriado indevidamente seria de pequena monta. Destacou o julgador, que a servidora não possui qualquer conduta desabonatória ao longo de sua vida funcional e que a sanção de demissão (diante das circunstancias atenuantes e da devolução de parte do dinheiro) mostrar-se-ia desproporcional em face dos reflexos concretos da conduta cometida.[59]

Verifica-se com base no exposto, que o Poder Judiciário atua nos processos disciplinares de maneira ampla – não se limitando unicamente a questões formais –anulando sanções que eventualmente estejam viciadas, e ainda, leva em conta a adequação entre a sanção imposta e a infração, ainda que, pela letra fria da lei, esteja cominado um mínimo e um máximo de sanção para determinada conduta transgressora:

> Além disso, não se deve perder de vista que, embora as sanções administrativas disciplinares aplicáveis ao Servidor Público sejam legalmente fixadas em razão da própria infração - e não entre um mínimo e máximo de pena, como ocorre na seara criminal - não está a Administração isenta da demonstração da proporcionalidade da medida (adequação entre a infração e a sanção), eis que deverá observar os parâmetros do art. 128 da Lei 8.112/90 (natureza e gravidade da infração, danos dela decorrentes e suportados pelo Serviço Público, circunstâncias agravantes e atenuantes e ainda os antecedentes funcionais).[60]

Muito embora os Tribunais Superiores entendam pela viabilidade de analisar os critérios de proporcionalidade e razoabilidade do ato administrativo que impõe uma sanção disciplinar, o Tribunal Militar do Estado do Rio Grande do Sul, adota posicionamento diverso. No julgamento da Apelação Cível nº 2562.34.2014.9.21.0000/RS, de relatoria do Juiz Dr. Fernando Guerreiro de Lemos, este manifestou-se, seguindo o entendimento aplicado em outro caso pelo STJ[61], no sentido

---

[58] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 35.299/PE.** Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima. Data do julgamento: 06 maio. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1317146&num_registro=201101967758&data=20140513&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

[59] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 19.991/DF.** Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Data do julgamento: 09 abr. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1303735&num_registro=201300897274&data=20140423&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

[60] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 13.791/DF.** Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 13 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1052877&num_registro=200801925439&data=20110425&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

[61] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 36.958/RO.** Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Data do julgamento: 18 fev. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1298538&num_registro=201200113554&data=20140227&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

de que é "inviável qualquer incursão na razoabilidade e na proporcionalidade da pena aplicada, porquanto adentrar nesse seara ensejaria indevido controle judicial sobre o mérito administrativo."[62]

Neste mesmo sentido observa-se o trecho da decisão proferida no Recurso em Mandado de Segurança nº 33.281/PE, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, conforme trecho do voto extraído abaixo:

> Por fim, sobre a razoabilidade e proporcionalidade da pena aplicada esta Corte vem-se posicionando no sentido de que, no âmbito do controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, é vedado ao Poder Judiciário adentrar no mérito do julgamento administrativo, cabendo-lhe, apenas, apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa.
> [...]
> Assim, tendo-se aplicado a sanção após efetivo exercício da garantia ao contraditório e à ampla defesa, e estando a decisão fundamentada na constatada gravidade dos fatos e os danos que delas provieram para o serviço público, a análise da proporcionalidade implicaria indevido controle judicial sobre o mérito administrativo.[63]

Ainda, no próprio Tribunal Militar do Estado do Rio Grande do Sul, existem divergências jurisprudenciais quanto à possibilidade de sindicalização do ato sancionador. O Juiz-Coronel Sérgio Antônio Berni de Brum, no julgamento da Apelação Cível nº 3154.83.2011.9.21.0000, assentou a possibilidade de análise do mérito administrativo, sob o aspecto da proporcionalidade e da razoabilidade:

> A moderna doutrina e a jurisprudência têm admitido à análise de questão de mérito administrativo, sob o viés da razoabilidade/proporcionalidade. Trata-se, todavia, de um juízo de valor formulado no caso concreto, quando a decisão administrativa se revele irrazoável ou desproporcional.
> O que se constata dos autos é que a decisão administrativa de aplicação de punição de 48 horas, com prejuízo do serviço, acarretando o ingresso no comportamento insuficiente e, por consequência, impedindo o apelante de frequentar o curso de sargento, não obstante seu cunho eminentemente discricionário, mostra-se excessiva.
> Isso porque, de acordo com a prova trazida aos autos, o ato administrativo atacado violou os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, princípio norteador da administração pública.[64]

Observa-se que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são amplamente discutidos nos Tribunais Pátrios e Castrense. Partindo dá ideia de que o Poder Judiciário poderá controlar os atos administrativos sancionadores, importa rememorar a decisão proferida pelo STF

---

[62] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça Militar. **AC 2562.34.2014.9.21.0000/RS.** Rel. Juiz-Dr. Fernando Guerreiro de Lemos. Data do julgamento: 18 mar. 2015. Disponível em: <http://www.tjmrs.jus.br/conteudo/servicos/jurisprudencia/arquivo_jurisprudencia.asp?pIndice=6838>. Acesso em: 22 set. 2016.

[63] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 33.281/PE.** Rel. Min. Benedito Gonçalves. Data do julgamento: 28 fev. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1123881&num_registro=201001995356&data=20120302&formato=PDF>. Acesso em: 23 set. 2016.

[64] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça Militar. **AC 3154.83.2011.9.21.0000/RS.** Rel. Juiz-Cel. Sérgio Antônio Berni de Brum. Data do julgamento: 25 abr. 2012. Disponível em: <http://www.tjmrs.jus.br/conteudo/servicos/jurisprudencia/arquivo_jurisprudencia.asp?pIndice=5651>. Acesso em: 03 out. 2016.

nos autos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 28.208/DF, em que restou assentado, conforme o Ministro Luiz Fux, que os princípios norteadores da atividade Administrativa, em especial a proporcionalidade e a razoabilidade, deverão ser observadas na consumação de um ato sancionador. A não observância de tal ditame enseja a revisão do ato pelo Poder Judiciário:

> Ressalto que a Administração Pública deve ter o princípio da razoabilidade como parâmetro de valoração dos atos do Poder Público, com a finalidade de aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Essa medida visa à neutralização do abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes.
> A não observância dessas balizas justifica a possibilidade de o Poder Judiciário revisar decisões de cunho administrativo, com o intuito de verificar, em última análise, eventual ocorrência de desvio de finalidade na aplicação de uma reprimenda mais grave do que reclama a situação concreta.
> [...]
> Mercê de o delito acima, que é grave, não ter sido comprovado no âmbito Penal, não se tem notícia da prática de outros atos irregulares por parte do recorrente, podendo-se afirmar que se trata de servidor público possuidor de bons antecedentes, além de detentor de largo tempo de serviço prestado ao Poder Público. Certo é que essas particularidades não foram levadas em conta pela autoridade coatora no agravamento da pena inicialmente prevista no relatório elaborado pela comissão de sindicância. [65]

Na decisão citada, que determinou a reintegração do recorrente ao serviço e desconstituiu a pena imposta, embora grave a conduta praticada pelo servidor, não houve o aferimento adequado do princípio da proporcionalidade e de seus subprincípios:

> A concepção estrutural do princípio da proporcionalidade reconhecida hodiernamente pela doutrina e jurisprudência é sua conformação por três subprincípios: i) adequação ou conformidade; ii) necessidade ou exigibilidade; e iii) proporcionalidade em sentido estrito.
> Assim, observa-se a adequação ou conformidade da medida quando houver a congruência entre a providência adotada e a finalidade da norma. Na observação do subprincípio da necessidade, a decisão tomada é considerada necessária quando nenhum outro meio, igualmente efetivo, possa ser adotado. A necessidade deve ser avaliada de forma quantitativa e qualitativa, traduzindo a máxima "dos males o menor". E, por último, à luz do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, a medida deve ser avaliada em face da relação custo-benefício da restrição. [66]

Conforme se depreende dos julgados analisados, em que pese existir dissonâncias nos julgamentos proferidos pelos Tribunais, de maneira geral, é possível afirmar que a Administração Pública, "ao impor sanção disciplinar, não pratica ato imbuído de aspecto discricionário (conveniência e oportunidade). Por isso é possível o amplo controle judicial desse ato, sem que haja limitação às questões formais."[67]

---

[65] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 28.208/DF.** Rel. Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 25 fev. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5474524>. Acesso em: 23 set. 2016.

[66] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 28.208/DF.** Rel. Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 25 fev. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5474524>. Acesso em: 23 set. 2016.

[67] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 15.205/DF.** Rel. Min. Benedito Gonçalves. Data do julgamento: 13 out. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1011911&num_registro=201000734028&data=20101020&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

Nota-se, portanto, que enquanto a doutrina majoritária entende que os atos que compõem o chamado mérito administrativo não são passíveis de auditagem pelo Poder Judiciário, cabendo a este tão somente, a análise e eventual anulação a partir da legalidade dos atos vinculados[68], salvo em hipóteses de eventual desvio de poder, ou tenha sido o ato praticado com o uso indevido do poder discricionário[69], a jurisprudência amplia a possibilidade do exame judicial.

Apesar de divergências apontadas, o Poder Judiciário acena com a possibilidade de que é possível o controle amplo dos atos administrativos, entre eles os sancionadores, não se atendo somente a aspectos formais do processo. Admite-se, conforme o levantamento jurisprudencial realizado que, havendo alguma forma de abuso no exercício do poder discricionário, possa o Poder Judiciário adentrar no campo do mérito administrativo, em especial quando uma sanção for aplicada sem a correta aferição dos critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.[70]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática em exame, qual seja, os limites do exercício do poder disciplinar e da subsequente apreciação pelo Poder Judiciário, o que, por via de consequência, implica a análise das fronteiras da própria discricionariedade da Administração Pública durante a concepção dos atos estatais que buscam punir um servidor, trata-se de tema que não apresenta um consenso doutrinário e jurisprudencial.

Embora vacile a doutrina a respeito, verificou-se que a jurisprudência, embora não de forma pacífica, admite que o Poder Judiciário poderá aferir tanto a legalidade dos processos disciplinares e suas respectivas sanções, verificando se os requisitos dos atos praticados foram devidamente observados, (tais como competência, motivação, forma), se tais atos não foram praticados em desacordo com a lei, ou com a exacerbação da discricionáriedade administrativa, como se os atos, embora amparados na lei, são justos, dentro de um critério de razoabilidade e proporcionalidade.

Das constatações obtidas a partir da realização do presente estudo, destaca-se a importância do Poder Judiciário para a garantia do devido processo legal e da justiça mesmo no âmbito do poder disciplinar. Todavia, o Poder Judiciário, por vezes dissonante do entendimento doutrinário preponderante, opta pela possibilidade de análise das particularidades do mérito administrativo, atuando, então, de forma a garantir a observância dos princípios que a Carta Constitucional assegura aos litigantes, uma vez que, em se tratando de um ato sancionador, este poderá gerar efeitos irreversíveis na vida funcional de um servidor público.

A discussão, contudo, deve permanecer. O direito sofre constantes modificações, o que se reflete na doutrina e na jurisprudência, e, por uma consequência lógica, a compreensão da

---

[68] Entendimento que se verifica nas obras dos autores, Marçal Justen Filho In: **Curso de Direito Administrativo.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1237, de Diogenes Gasparini, In: **Direito Administrativo.** 16. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1046 e de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, In: **Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 225.

[69] Compreensão da obra de Hely Lopes Meirelles, In: **Direito Administrativo Brasileiro.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 151, e da obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, In: **Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 226.

[70] Trata-se de entendimento adotado pelo STF, como se verifica em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 28.208/DF**. Rel. Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 25 fev. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5474524>. Acesso em: 23 set. 2016.

discricionariedade igualmente se modifica e continuamente se atualiza. Nisso reside à função preponderante do Poder Judiciário, como intérprete e balizador da própria atuação administrativa, inclusive em seu aspecto disciplinar e discricionário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 687.947/MS.** Rel. Min. Carlos Meira. Data do julgamento: 03 ago. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=607062&num_registro=200401281288&data=20060821&formato=PDF>. Acesso em: 07 abr. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1.549.118/RN.** Rel. Min. Humberto Martins. Data do julgamento: 17 dez. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1479880&num_registro=201502015026&data=20160210&formato=PDF>. Acesso em: 06 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RMS 29.039/DF.** Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Data do julgamento: 25 set. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1181826&num_registro=200900455540&data=20121002&formato=PDF>. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 722.586/MG.** Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima. Data do julgamento: 23 ago. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=554087&num_registro=200500165923&data=20051003&formato=PDF>. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 18.318/RS.** Rel. Min. Nilson Naves. Data do julgamento: 12 jun. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=746153&num_registro=200400650947&data=20080825&formato=PDF>. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 13.791/DF.** Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 13 abr. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1052877&num_registro=200801925439&data=20110425&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 15.205/DF.** Rel. Min. Benedito Gonçalves. Data do julgamento: 13 out. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1011911&num_registro=201000734028&data=20101020&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 17.981/DF.** Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 25 fev. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1489951&num_registro=201103069610&data=20160303&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 19.991/DF.** Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Data do julgamento: 09 abr. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1303735&num_registro=201300897274&data=20140423&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 21.138/DF.** Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Data do julgamento: 27 maio 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1412635&num_registro=201401759743&data=20151013&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 35.299/PE.** Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima. Data do julgamento: 06 maio. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1317146&num_registro=201101967758&data=20140513&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 36.958/RO.** Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Data do julgamento: 18 fev. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1298538&num_registro=201200113554&data=20140227&formato=PDF>. Acesso em: 22 set. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 33.281/PE.** Rel. Min. Benedito Gonçalves. Data do julgamento: 28 fev. 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1123881&num_registro=201001995356&data=20120302&formato=PDF>. Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no AI 640.272-1/DF.** Rel. Min. Ricardo Levandowski. Data do julgamento: 07 jul. 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493368>. Acesso em: 08 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 632.853/CE.** Rel. Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 23 abr. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8773734>. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 898.450/SP.** Rel. Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 17 ago. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4804268&numeroProcesso=898450&classeProcesso=RE&numeroTema=838>. Acesso em: 15 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no RE 634.900/PI.** Rel. Min. Dias Toffoli. Data do julgamento: 02 abr. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3831349>. Acesso em: 22 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 28.208/DF.** Rel. Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 25 fev. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5474524>. Acesso em: 23 set. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DA COSTA, José Armando. **Direito Administrativo Disciplinar.** Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

DE ARAÚJO, Edmir Netto. **Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DE AZEVEDO, Sylvio Ximenez. **Direito Administrativo Disciplinar em Perguntas e Respostas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Processo Administrativo Disciplinar: direito de defesa e controle judicial. **Revista de informação legislativa**, v. 18, n. 72, out./dez. 1981. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181341>. Acesso em: 26 mar. 2016.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 16. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011.

HERNANDEZ, Ary César. O contraditório e a ampla defesa no processo administrativo. **Revista Justitia**, v. 189/192, n. 62, São Paulo. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/x5aww3.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Direito Administrativo Moderno.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro.** 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REZENDE, Adriana Menezes de. **Do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.** Porto Alegre, RS: Assembleia Legislativa, 1989.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria da Segurança Pública, Brigada Militar, **Instrução Complementar nº 001/Cor-G/2014**, publicada no Boletim Geral nº 251/2014. Disponível em: <https://intranet.bm.rs.gov.br/Multimidea/Intranet/Corg/Legislacao/LEGISLA%C3%87%C3%83.O/Instru%C3%A7%C3%B5es%20Complementares/IC001RDBM-Regula_Sindic%C3%A2ncia_na_BM.doc>. Acesso em: 19 Abr. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto nº 43.245, de 19 de junho de 2004.** Publicado no Diário Oficial Estado em 20 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=47817&hTexto=&Hid_IDNorma=47817>. Acesso em: 19 maio 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça Militar. **AC 2562.34.2014.9.21.0000/RS.** Rel. Juiz-Dr. Fernando Guerreiro de Lemos. Data do julgamento: 18 mar. 2015. Disponível em: <http://www.tjmrs.jus.br/conteudo/servicos/jurisprudencia/arquivo_jurisprudencia.asp?pIndice=6838>. Acesso em: 22 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça Militar. **AC 3154.83.2011.9.21.0000/RS.** Rel. Juiz-Cel. Sérgio Antônio Berni de Brum. Data do julgamento: 25 abr. 2012. Disponível em: <http://www.tjmrs.jus.br/conteudo/servicos/jurisprudencia/arquivo_jurisprudencia.asp?pIndice=5651>. Acesso em: 03 out. 2016.

SELIGMAN, Rogério Ponzi. O princípio constitucional da proporcionalidade em atos de improbidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo,** n. 238, 2004. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44081>. Acesso em: 29 mar. 2016.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Direito processual administrativo.** Curitiba: Juruá, 2010.

O *AMICUS CURIAE* COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: DA AMPLIAÇÃO DA SUA ATUAÇÃO PARA ALÉM DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DIANTE DO INCREMENTO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Vivian Regina Alves Teixeira[1]
Igor Raatz dos Santos[2]

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz uma análise do instituto do *amicus curiae* como elemento legitimador das decisões judiciais, uma vez que, constitui instrumento de abertura, pluralização e democratização da atividade jurisdicional. Para tanto, buscou-se trazer o aspecto conceitual e uma abordagem histórica do *amicus curiae*, fazendo um comparativo da sua atuação no ordenamento jurídico estrangeiro, em especial, o direito inglês, primeiro país a apresentar um modelo de intervenção do *amicus curiae* mais elaborado, e o direito norte americano, tendo em vista que este foi o que mais elaborou, manejou e regulou este instituto. Neste sentido, também, verificou-se as hipóteses de aplicação do *amicus curiae* no ordenamento jurídico pátrio, principalmente, sua inserção no Controle de Constitucionalidade, na medida que otimiza a participação de vários atores sociais e político nos exames de constitucionalidade das leis e democratizando a jurisdição constitucional.

Posteriormente, destaca-se que, diante da previsão de mecanismos vinculantes pelo Código de Processo Civil brasileiro (art. 927), a atuação do *amicus curiae* adquire especial relevância, na medida em que a função jurisdicional há muito deixou de ter um caráter meramente declaratório e vem assumindo, cada vez mais, o papel de produção de peças normativas integradoras do ordenamento jurídico. Com efeito, o *amicus curiae* traz legitimidade para as decisões judiciais através do aperfeiçoamento da atividade jurisdicional e da participação democrática. Desta forma, também, é analisado o perfil dogmático do instituto após sua regulamentação no novo Código de Processo Civil, uma vez que é permitida sua atuação na generalidade dos casos, sem haver restrição quanto à tipicidade da matéria debatida ou do recurso, fixando, apenas, critérios para nortear sua atuação em casos excepcionais.

AMICUS CURIAE: ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS

O *amicus curiae*, expressão latina de "amigo da Cúria", ou "amigo da Corte", pode ser definido como o terceiro que intervém em processos judiciais com o intuito de fornecer informações relevantes ou mesmo pareceres sobre matéria de seu interesse, sobre os quais tenha amplo domínio, aos juízes de causa e, ainda, como hipótese de convencimento do juiz, (BISCH, 2010) bem como trazer à corte sua perspectiva acerca do assunto, informações técnicas cujo domínio

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: vivialvesteixeira@hotmail.com.
[2] Doutor em Direito pela Unisinos. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: igor@raatzanchieta.com.br.

ultrapasse o campo legal, ou ainda, defender, direta ou indiretamente, interesses de grupos do qual representa e que serão afetados pela decisão a ser tomada (MEDINA, 2010).

Um Estado que busca um sistema essencialmente democrático utiliza-se de todos os seus setores institucionais para buscar sua legitimação, e o *amicus curiae* surge como forma de buscar esta legitimidade através das decisões judiciais, pois auxilia o juízo na tarefa hermenêutica, permitindo que a sociedade contribua na construção de sentidos das normas que irão refletir nas demandas sociais (BORGES, 2011). A participação do *amicus curiae* é compatível com a ideia de efetividade processual, mesmo que de forma menos rápida, pois dá ao juiz condições de se aproximar mais dos fatos sociais para conseguir julgar adequadamente, muito embora este instituto dentro de um processo enfatize muito mais o valor de segurança na busca de uma decisão adequada, bem acabada e fundada (BUENO, 2006).

A origem do instituto *Amicus Curiae* não é clara entre doutrinadores, sendo que existem duas teses sobre seu surgimento. Uma destas teses aponta que o *amicus curiae* foi instituído pelas leis romanas e sua função era colaborar com os juízes no intuito de que não se cometesse nenhum equívoco na solução de litigio e que a solução da causa dependesse de conhecimentos que não fossem especificamente jurídicos. Já a segunda tese afirma que seu surgimento se encontra no Direito Inglês, no século XVI, mais precisamente no Direito Penal medieval, em que atuava nos casos que não houvessem interesse governamental, cumprindo um papel informativo e supletivo, pois a sua função era apontar e atualizar leis ou precedentes jurisprudenciais que não fossem mencionados pelas partes ou fossem ignorados pelo juiz (MIORELI, 1989).

O *AMICUS CURIAE* NO DIREITO COMPARADO

É importante verificar as diferentes formas com que se desenvolveu o instituto do *amicus curiae* nos sistemas jurídicos estrangeiros, pois trata-se de um instituto de origem histórica no direito romano, mas que, especificamente, se desenvolveu na Inglaterra (primeiro país a apresentar, de modo mais elaborado do que a raiz histórica romana, um modelo de intervenção do *amicus curiae*) e Estados Unidos (país que mais elaborou, manejou e regulou o *amicus curiae)*, que são países com origem na *Common Law*, e que possuem um sistema jurídico diferente do Brasil (apresenta manifestações do instituto em seu ordenamento jurídico) que é um sistema civilista, e por isto, enfatiza a lei como fonte central do direito (MIGLIAVACCA, 2010).

No Direito inglês, ou seja, no sistema do *common law* que é representado pela ausência de codificação jurídica, (ANCHIETA, 2014) e sua tradição está no conflito na medida em que as regras surgem para solucionar um processo e não estabelecer regras para a conduta futura (BISCH, 2010) os precedentes passaram a ser vistos como regras para a solução de conflitos. e a intervenção do *amicus curiae* passa a ser aceita a partir de precedentes antigos de acordo com as regras básicas da intervenção de terceiros e viabilidade de acesso à justiça (MIGLIAVACCA, 2010). Assim, no sistema da *Common Law,* a recepção do *amicus curiae* é mais acentuada na medida em que a ideia base deste sistema é a ampliação do alcance das decisões judiciais para limites subjetivos além da ação posta em juízo e, portanto, simpatizante de instrumentos que viabilizam a participação das partes como também de terceiros que sofrerão as consequências da regra formada em determinada ação, na

formação de precedentes judiciais (MIGLIAVACCA, 2010). Contudo, está se mantendo, também, por auxiliar o magistrado a aprimorar seu convencimento, corrigir e aperfeiçoar o conjunto probatório elaborado, bem como, preencher as lacunas deixadas por um sistema litigioso centrado na resolução de conflito, possibilitando a representação de indivíduos afetados pelas lides ou pelos resultados destas, ensejando, desta forma, visualização mais completa dos efeitos da decisão (BISCH, 2010).

O instituto do *amicus curiae* se disseminou em diversos países a partir da sua utilização pelo sistema jurídico inglês, porém, foi nos Estados Unidos que passou a ser largamente utilizado, com visibilidade no contexto internacional, inclusive ocorrendo a associação do instituto com o controle de constitucionalidade (RAZABONI, 2009). Desta forma, o *amicus curiae* foi inserido, no direito Norte Americano, com o objetivo de proteger os direitos difusos e os coletivos chamando a atenção dos magistrados para alguma matéria que poderia ser desconhecida (MIORELLI, 2011). Sua utilização é marcada pela transformação da sua neutralidade e da sua atuação combativa, deixando de ser um colaborador interessado e passando a participar ativamente nas demandas com o intuito de obter a vitória de uma das partes, valendo-se de praticamente todos os poderes reservados exclusivamente às partes. Esta mudança ocorreu de maneira gradativa, porém, de forma rápida (RAZABONI, 2009).

Mas, também, é importante destacar as referências do instituto nos sistemas processuais da *civil law*, que mesmo apresentando um ordenamento com estrutura fechada, em que há uma interpretação mais restritiva dos casos de ingresso de terceiros em processos alheios, de modo que só é admitido em hipóteses previstas na legislação, a jurisprudência vem modificando sua admissão e participação, mesmo diante da inexistência de expressa previsão legal e com uma certa relutância doutrinária, como é o caso dos ordenamentos francês, italiano e argentino (RAZABONI, 2009).

A INTRODUÇÃO DO *AMICUS* CURIAE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O *amicus curiae* pode ser considerado como um instituto absolutamente presente, (MIGLIAVACCA, 2010) sendo consagrado nos processos de controle de constitucionalidade através da Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e, também, na Lei 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, permitindo uma efetiva manifestação social acerca das questões constitucionais, (CABRAL, 2004) além de ser incorporado na Lei 13.105/2015, mesmo que de forma generalizadora ao lado das demais intervenções de terceiros (ZUFELATO, 2015).

Ainda, neste sentido, destaca-se casos anteriores ao controle de constitucionalidade, (BUENO, 2006) como a previsão legal de intervenção do *amicus curiae* mais remota no direito brasileiro, ainda que sem a expressa menção da nomenclatura deste instituto, a Lei 6.616/78, que alterou o dispositivo da Lei 6.385/76, que cria a Comissão de Valores Mobiliários e dispõe sobre o mercado de valores mobiliários. A leitura do *caput* do artigo 31 deixa claro que o intuito desta norma é permitir à autarquia prestar pareceres ou esclarecimentos, através de seus técnicos, de fatos do Mercado de Capitais para o Poder Judiciário, traduzindo ao magistrado impressões e conclusões que

colheram no exame dos autos processuais, (BUENO, 2006) ou seja, mesmo não encontrando previsão expressa nesta lei, a atuação da CVM nestes casos pode ser entendida como um *amicus curiae*, pois seu único propósito é uma prestação jurisdicional técnica fundamentada sobre o mercado econômico com total imparcialidade, apenas interessada em cumprir a competência que por lei compete a ela (MIGLIAVACCA, 2010).

Pode-se, também, apontar como hipótese de *amicus curiae* o disposto no artigo 118 da Lei 12.529/2011 que reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica, mas manteve a possibilidade de intervenção do CADE nos processos judiciais em que se discutem questões relacionadas ao direito da concorrência, (PLACEDINO, 2013) uma vez que a intenção do legislador era de que a autarquia intervisse em processos judiciais relativos ao direito de concorrência para poder esclarecer pontos técnicos sobre tal matéria, garantindo maior tecnicidade e uniformidade aos julgamentos, ressaltando, ainda, a inquestionável relevância social da proteção da concorrência (RAZABONI, 2009).

Outra hipótese de intervenção do *amicus curiae* no ordenamento jurídico pátrio é a do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, instituído através da Lei 9.279/96, que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, (BUENO, 2006) e que traz nos artigos 56, 57, 118 e 175 a possibilidade de intervenção do INPI (MIGLIAVACCA, 2010) nas ações de nulidade em que não for parte "na qualidade de *amicus curiae* para a tutela de interesses e direitos *institucionais*, para a tutela de interesses e direitos que *extrapolam,* que *transcendem*, os interesses e direitos típicos das partes e que estão fora do alcance e da tutela delas" (BUENO, 2006, p. 302 e 303).

Ainda como hipótese de previsão legal de intervenção anômala em que se pode encontrar a figura do *amicus curiae* é o artigo 49, parágrafo único, da Lei 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pois a inexistência de interesse jurídico da OAB nas ações referidas no referido dispositivo é argumento suficiente para desclassificar a forma de intervenção como assistência. Ainda assim, a OAB possui um interesse institucional em processos e inquéritos que envolvam seus inscritos, pois, muito embora, não atue em nome do advogado, atua em prol da defesa, tanto administrativa como judicial, das prerrogativas profissionais da advocacia. Este interesse legitima a intervenção do *amicus curiae* e não a de assistência ou as demais formas de intervenção, muito embora, não pode ser ignorada a legitimação extraordinária da OAB para atuação em nome próprio da tutela de direito dos seus inscritos, diverso da intervenção descrita no artigo 49. Ou seja, na qualidade de *amicus curiae* a OAB não está vinculada a defesa irrestrita dos seus inscritos, mas sim ao zelo pelo cumprimento idôneo da profissão, possuindo sempre presente o seu interesse institucional (MIGLIAVACCA, 2010).

Controle de Constitucionalidade

A intervenção de terceiros, alheios ao processo, mas interessados em levar aos Tribunais informações de ordem técnicas, já foi prevista na legislação ordinária e reconhecidas pelo Poder Judiciários como atuações típicas de intervenção de *amicus curiae*, mas a atuação deste instituto assumiu outro sentido a partir de 1999, quando de sua inserção no controle de constitucionalidade

brasileiro otimiza, de modo oficial, a participação de variados atores sociais e políticos nas aferições de constitucionalidade das leis. E, neste sentido, a inserção do *amicus curiae* não seria apenas um modo de democratizar a jurisdição constitucional, mas auxiliar os tribunais a examinar a conjuntura e fatos legislativos (BISCH, 2010).

Assim, a Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, veda a intervenção de terceiros no processo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, preservando, deste modo, a orientação contida no Regimento Interno do STF. Porém, a autorização para o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades constitui uma inovação que positiva a figura do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade. Esta autorização que está regulamentada no §2º, do artigo 7º, do referido dispositivo legal, enseja a possibilidade do STF decidir as causas com pleno conhecimento da questão debatida na ação e também confere um caráter pluralista e democrático ao processo objetivo de controle de constitucionalidade abstrato (MENDES; BRANCO, 2014).

A Lei 9.882/99, que regulamenta o §1º do artigo 102 da Constituição Federal e que deu forma a Arguição de descumprimento de preceito fundamental, não possui previsão expressa quanto à possibilidade de intervenção do *amicus curiae* em seu procedimento, mas faculta ao relator a oportunidade de instruir o feito, a fim de colher informações relevantes para decidir acerca do descumprimento ou não de preceito fundamental (BUENO, 2006) e, apesar de não conter regra quanto à possibilidade de intervenção de *amici curiae* como na ADI e na ADC, mantem uma abertura instrutória com o artigo 6º e seus parágrafos da Lei 9.882/99 e, portanto, não pode deixar de ser aplicar as mesmas considerações elaboradas sobre este instituto para a ADI e ADC, ou seja, a aceitação deste tipo de intervenção deve ser aceita quando se demonstre argumentos que efetivamente auxiliarão na decisão do processo, e não com base em interesses próprios (MIGLIAVACCA, 2010).

Esta positivação da figura do *amicus curiae* na Lei 9.868/99 e na Lei 9.882/99, além de representa uma abertura do processo de controle concentrado de constitucionalidade, (BUENO, 2006) também traz um nítido propósito pluralizador do debate constitucional, na medida em que permite ao STF tomar conhecimento de elementos informativos e razões constitucionais daqueles que, muito embora não sejam legitimados para postular um processo de controle de constitucionalidade, são afetados diretamente pela decisão a ser proferida, e, também por que as deliberações da Corte passam a ter o dever formal de analisar as interpretações trazidas pelos diversos setores da sociedade (RAZABONI, 2009).

O *amicus curiae* tem grande destaque no ordenamento jurídico brasileiro na flexibilização do controle objetivo de constitucionalidade, porém também possui grande relevância a sua previsão no controle incidental, (BISCH, 2010) como no incidente de inconstitucionalidade regulado pelos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil de 1973, e mantido no novo Código de Processo Civil, que é o procedimento pelo qual se exerce o controle difuso da constitucionalidade em casos concretos perante os tribunais, (BUENO, 2006) bem como, no Incidente de aferição da repercussão

geral nos recursos extraordinários, pois versa sobre questões relevantes, que transcende o interesse individual das partes em litigio e sua a manifestação (BISCH, 2010).

Ainda, como hipótese de admissão do *amicus curiae* a Lei 11.417/2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e, neste sentido, a participação do *amicus curiae* tem associação direta com o impacto que a Súmula Vinculante exercerá sobre as futuras decisões, conferindo, desta forma, legitimidade democrática à mesma (DANTAS, 2008) Contudo, merece destaque, ainda, a atuação deste instituto na esfera dos Juizados Especiais, conforme os artigos 14 e 15 da Lei 10.259/91, que regula o pedido de uniformização de interpretação de lei Federal quando houver divergência sobre questões de direito material, ficando a critério do Relator (BISCH, 2010).

O *AMICU CURIAE* COMO SÍMBOLO DO PERFIL DEMOCRÁTICO DO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O *amicus curiae* é um instituto que está cada vez mais ganhando espaço no ordenamento jurídico pátrio, constituindo-se de um instrumento de abertura, pluralização e de democratização da jurisdição, sendo que, sua participação legitima as decisões judiciais tomadas no âmbito da jurisdição democrática (LEAL, 2008). Assim, este instituto desenvolve importante função legitimadora das decisões judiciais na medida que possui o poder de influenciá-las, através de manifestações com o objetivo de esclarecer questões e sanear quaisquer dúvidas existentes no processo, contribuindo, desta forma, para a legitimação social das manifestações judiciais (FREITAS, 2015).

A atuação do *amicus curiae* no direito processual civil brasileiro, especialmente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade é de fornecer subsídios para a interpretação valorativa do direito e de fomentar debates favoráveis e desfavoráveis de uma dada tese jurídica naqueles casos em que, com ou sem efeito vinculante, geram precedentes. E tem se mostrado um importante agente processual no desempenho destas funções, uma vez que faz as vezes de um representante de toda uma massa de interesses dispersos na sociedade civil e, inclusive, do próprio Estado perante o Poder Judiciário compondo típica forma de manifestação em um Estado Democrático de Direito e, também, como um interlocutor hermenêutico no sentido de que viabiliza o inafastável diálogo que deve existir na construção da norma jurídica a partir de seu texto (BUENO, 2014).

DO INCREMENTO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL E SUA LEGITIMIDADE MEDIANTE INSTRUMENTOS DE DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO: O PAPEL DO *AMICUS CURIAE* NA LEGITIMAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

A noção contemporânea de jurisdição pressupõe um o processo civilque responde não somente pela necessidade de resolver casos concretos, através de uma decisão adequada à tutela do direito subjetivo das partes, como também é responsável por dar coerência e integridade à jurisprudência (art. 926, CPC). No ordenamento jurídico brasileiro, a função dos magistrados não está atada a mera declaração judicial da lei no caso concreto, ela, também, assume um caráter

constitucional que possibilita o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos na medida que a lei deixa de ter uma posição central como fonte de direto e passa a ser subordinada à Constituição, se adequando aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Esta jurisdição, entendida como uma atividade criativa da norma jurídica do caso concreto (o que não significa, obviamente, uma atividade discricionária) (LOURENÇO, [S.d.]).

A mudança repentina de jurisprudência e a multiplicidade de decisões divergentes em casos semelhantes é extremamente nociva na medida em que gera imprevisibilidade sobre a interpretação da lei pelo Poder Judiciário, contribuindo para um senso de injustiça, instabilidade de insegurança jurídica. Neste sentido, o sistema jurídico brasileiro vem reconhecendo a importância de mecanismos vinculantes – tendentes a evitar a dispersão da jurisprudência notadamente nos casos de litigiosidade massificada (REDONDO, 2013).

Diante desse quadro, em que o sistema processual caminha para a criação de instrumentos tendentes à conferir uma espécie de tratamento padronizado para certas questões, mormente aquelas que se inserem no conceito de "causas repetitivas", mediante a emissão de provimentos vinculantes para além das partes envolvidas no litígio concreto, torna-se indispensável a reflexão a respeito de instrumentos de legitimação da atividade jurisdicional. A abordagem que se pretende dar ao *amicus curiae* no presente sentido, caminha justamente nesse sentido.

A Constituição Federal é o ponto de partida para qualquer reflexão sobre o direito processual e é dela que se extrai o modelo constitucional do processo e, também, é a partir dela que se verifica em que condições o legislador e o magistrado concedem, interpretam e aplicam as leis para, assim, realizar adequadamente o modelo constitucional do processo. Portanto, o modelo processual traçado pela Constituição brasileira é um modelo garantístico, na medida em que o processo civil deve necessariamente possuir, na mais estrita fidelidade, os princípios ditados pela Constituição Federal e, desta forma, se a lei infraconstitucional afastar-se das diretrizes da Constituição ela será inconstitucional e deve ter sua aplicação concreta rejeitada (BUENO, 2006).

Neste sentido, a legitimidade da Justiça Constitucional tem seu suporte na complementariedade entre Democracia e Estado de Direito, (RAZABONI, 2009) sendo essencial que haja uma interpretação que se compatibilize com a representação popular, por ser um direito da maioria, e a defesa dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, na medida em que deve pautar-se sobre as tarefas e os objetivos básicos da Constituição Federal e que podem ser destacados, dentre outros, a justiça, a equidade, o equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade, praticabilidade e segurança jurídica. Portanto, há uma necessidade de todas as regras hermenêuticas devem ser direcionadas para garantir a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante o governo da maioria (MORAES, 2000).

Contudo, diante do caráter aberto e plural das normas constitucionais, revela-se importante um processo público amplo e participativo para o estabelecimento de seu conteúdo e significado, pois a interpretação destas normas desenvolve-se através da análise de conceitos indeterminados, em que a densificação sujeita-se à pré-compreensão e a ideologia dos juízes encarregados do exercício da jurisdição constitucional. E assim, o pluralismo aparece como fator social que visa impedir que o Poder Judiciário embase suas decisões com valores éticos predeterminados,

fomentando, desta forma, a ideia de uma sociedade aberta de interpretes da Constituição (RAZABONI, 2009).

A obra de Peter Häberle, "A sociedade aberta dos interpretes da Constituição", destaca-se por ter uma visão republicana e democrática da interpretação constitucional, pois sua ideia é centrada em uma sociedade aberta que exige, igualmente, de uma interpretação aberta de sua Lei Fundamental, pois todos os órgãos estatais, as potencias públicas, os cidadãos e grupos estão vinculados no processo de interpretação constitucional, não sendo possível estabelecer um elenco cerrado e fixo para os interpretes da Constituição (COELHO, 1998). Assim, o intuito é democratizar os procedimentos judiciais, sedimentando uma comunidade aberta de interpretes, pois com a abertura das portas do Judiciário aos diversos segmentos da sociedade, proporcionando maior reflexão sobre leis que provocam acentuadas controvérsias, a sociedade torna-se aberta e livre, pois todos estão potencialmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional (BISCH, 2010).

Neste sentido, é necessário institucionalizar procedimentos que densifiquem a intervenção de terceiros no processo de interpretação e aplicação da Lei Constitucional, pois estes agentes conformadores da realidade constitucional e forças produtivas da interpretação não podem ficar à margem do processo de revelação da vontade constitucional (COELHO, 1998). E, portanto, a presença do *amicus curiae* na jurisdição constitucional é fruto do entendimento de que a Constituição, para atingir uma interpretação condizente com a realidade na qual está inserida e sobre a qual tem inegável influência, deve ser destrinchada e discutida por um maior número de participantes, de forma democrática e dialógica, pois conforme Peter Häberle, a democracia não se desenvolve de outra forma senão mediante a controvérsia sobre alternativas, possibilidades e necessidades da realidade e também sobre a resolução científica de questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente. Pode-se dizer que a participação argumentativa traça um contorno democrático às decisões e possibilita a pacificação de conflitos sociais mediante a adjudicação de direitos (MOURA; FERREIRA, 2009).

Desta forma, o ingresso do *amicus curiae* justifica-se não somente pela crescente abertura e complexidade de normas mas também pelo fato de que as decisões proferidas em determinados casos, cada vez mais, de forma mais ou menos intensa, afeta os casos futuros e o caráter vinculante de determinadas decisões jurisdicional é um fator que impõe a necessidade de prévia e plural manifestação da sociedade, ou ainda, de determinados entes, principalmente se analisado o modelo constitucional do processo (BUENO, 2006).

Assim, levando em conta o desenvolvimento do *amicus curiae* desde suas origens históricas, neutro ou imparcial, ele tende a ser verdadeiramente impositivo para a realização legítima do direito como um todo, pois é uma figura que possui condições efetivas de trazer para o julgador um conhecimento que não se pode esperar que seja dominado pela Corte, ou ainda, que ele pode contribuir para o proferimento de uma decisão que melhor seja adequada às normas jurídicas aplicáveis e suas consequências práticas em todos os campos, até porque o instituto tem condições de realizar uma aproximação do juiz com a sociedade e com o próprio Estado. Trata-se, portanto, de uma forma de legitimar a produção de uma decisão jurisdicional (BUENO, 2006) e, também, de hipótese de efetiva participação da sociedade no processo constitucional, configurando privilegiado

instrumento de abertura e de intervenção pluralista no processo. Por isto, quanto mais aberto à participação social no processo de interpretação e aplicação das normas constitucionais, mais eficaz e consistente serão as decisões da jurisdição constitucional, principalmente na qualidade de respostas hermenêuticas à sociedade (RAZABONI, 2009).

Ainda sobre a aplicação do *amicus curiae*, ele não está vinculado ao interesse das partes, mas ao exercício da cidadania, ou seja, está vinculado ao interesse social na preservação da ordem pública, na interpretação e aplicação das normas e princípios jurídicos de maneira justa, bem como na legitimação do exercício jurisdicional capaz de gerar precedentes judiciais. Em resumo, o que qualifica o interesse de intervenção deste instituto são os possíveis reflexos que uma decisão judicial, em razão da matéria discutida, poderá gerar em um determinado grupo social, servindo, posteriormente, como precedente à julgamentos pelo Poder Judiciário (CAMBI; DAMASCENO, 2011).

Neste sentido, o novo Código de Processo Civil traz, com maior destaque, uma significante adequação aos fenômenos de massificação de conflitos, da pluralização da sociedade e da coletivização das demandas, tanto que traz o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o Incidente de Assunção de Competência, enfatiza o julgamento especial de recursos de natureza extraordinária, quando considerados repetitivos (MIGLIAVACCA, 2015). E, sendo assim, é correto admitir, generalizadamente, a intervenção do *amicus curiae*, pois ele é fator de legitimação jurisdicional na criação de precedentes, cuja finalidade não é a de atuar em prol de um indivíduo ou de um direito de alguém, mas sim, em prol de um interesse, que pode até não ser titularizado por alguém, embora seja compartilhado difusa e coletivamente por um grupo de pessoas que tendem a ser afetadas pela decisão proferida no processo (BUENO, 2012). Portanto, o *amicus curiae* é mais um passo importante no sentido de democratização do processo e de reconhecimento de que a interpretação é um processo aberto e criativo e que revela a importância da alteração legislativa (SANTOS, 2015).

PERFIL DOGMÁTICO DA ATUAÇÃO DO *AMICUS CURIAE* NO NOVO CPC E O SEU PAPEL NA LEGITIMIAÇÃO DOS MECANISMOS VINCUALANTES

A regulamentação do instituto do *amicus curiae* representa uma das inovações do novo Código de Processo Civil, sendo que sua existência e possibilidade de intervenção já estavam sendo defendidas em razão da necessidade de aproximação do julgado com as lides decorrentes da contemporaneidade (GOMES, 2013). O *amicus curiae* é um sujeito processual, pessoa natural ou jurídica, cuja função no processo civil é municiar o magistrado ou o tribunal de informações sobre aspectos da lide posta em juízo ou, ainda, legitimar democraticamente a formação de precedente judicial, de jurisprudência dominante ou de súmula, bem como, elucidar aspectos pontuais da causa, cuja especificidade, complexidade ou tecnicidade escapam a compreensão do magistrado ou do órgão julgador, sem o qual se revela impossível prestar a tutela jurisdicional com segurança (PINTO, 2013) Trata-se, de um terceiro especial que pode contribuir para a plenitude do contraditório e, consequentemente, para a legitimação da decisão judicial a ser proferida, ou seja, é o abstrato interesse público na correta solução do litigio que justifica o seu ingresso (DINAMARCO, 2015).

Assim, o *amicus curiae* é introduzido no sistema processual brasileiro através do artigo 138, do Código de Processo Civil de 2015, permitindo, expressamente, sua utilização na generalidade dos casos, sem haver restrição quanto à tipicidade da matéria debatida ou do recurso, fixando, apenas, critérios para nortear sua atuação em casos excepcionais, (DINAMARCO, 2015) podendo sua participação ocorrer tanto em primeiro grau de jurisdição quanto em instâncias superiores, vindo a ser adotado como uma espécie de intervenção de terceiros. O legislador, por outro lado, não definiu os limites dessa intervenção, delegando ao julgador essa atribuição (FREITAS, 2015).

Os requisitos para a admissão do *amicus curiae* podem ser divididos em requisitos vinculados à demanda, correspondendo à relevância, especificidade e repercussão, e requisitos vinculado ao postulante, correspondendo a representatividade. Desta forma, no que se refere aos requisitos da demanda, é relevante a matéria que versar sobre valores, interesses ou bens jurídicos fundamentais para a sociedade e para o Estado; por outro lado, a especificidade da demanda refere-se a tecnicidade e complexidade da matéria em discussão e que escape ao conhecimento o magistrado; e, a repercussão social da lide deve compreender a transcendência dos efeitos do julgado sob a perspectiva da formação de precedente judicial, de jurisprudência dominante ou de súmula. E, ainda, o que se refere aos requisitos do postulante, o *amicus curiae* possuirá adequada representatividade quando efetivamente representar parcela significativa da sociedade, possuindo reconhecida idoneidade em sua área de atuação e pertinência temática com a questão levada ao judiciário (GOMES, 2013).

A intervenção do *amicus curiae* poderá se dar a requerimento das partes ou do próprio postulante à *amicus curiae*, ou ainda, pode se dar por iniciativa do magistrado, a qualquer tempo, instância e processo. O pronunciamento que admite ou nega o ingresso do *amicus curiae* no feito, a princípio, consubstancia-se despacho, visto que não terá o condão de causar gravame às partes, sendo, ainda, irrecorrível. Quanto ao modo de sua manifestação ela ocorrerá através de memorial, que deverá ser apresentado no prazo de 15 dias a partir da sua intimação sobre a decisão que o admitiu no processo. O memorial apresentado pelo interveniente destina-se à formação do convencimento do juiz e, para não haver violação do princípio do contraditório e da ampla defesa e ao postulado da cooperação, as partes devem ser intimadas a se manifestarem a respeito do *amicus curiae* (PINTO, 2013). Ainda, a ausência de um *amicus curiae* no processo, por falta de intimação ou por indeferimento de sua intervenção, não gera sua nulidade (DINAMARCO, 2015).

O *amicus curiae* é um terceiro que passa a integrar a relação jurídico-processual, mesmo não assumindo um polo específico dessa relação, com poderes limitados, justificando-se pelo fato de que a decisão proferida não interfere no direito subjetivo próprio do *amicus curiae*, tanto que é vedado, expressamente, a interposição de qualquer recurso, ressalvados os embargos declaratórios, pois visam a elucidar e melhorar a qualidade das decisões e não as reformas. Todavia, não há preclusão *pro judicato* em torno da decisão que admite ou indefere a participação do *amicus curiae,* por isso, o próprio juízo ou até mesmo a instância superior poderá rever a conveniência da intervenção ou mesmo alterar a extensão de seus poderes fixados anteriormente (DINAMARCO, 2015).

Além da sua previsão genérica no artigo 138 do novo Código de Processo Civil, há outras regras, no mesmo código, que autorizam a intervenção do *amicus curiae*, como é o caso do incidente

de arguição de inconstitucionalidade em tribunal, previsto no artigo 959, §§ 1° a 2°, incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no artigo 983, *caput* e § 1°, procedimento de análise da repercussão geral em recursos extraordinários, previsto no artigo 1035, §4°, e no julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos, previsto no artigo 1038 (DIDIER JR., 2015).

Importante, ainda, destacar que o *amicus curiae* no Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva, poderá apresentar argumentos e dados que ajudem no seu julgamento e nestes casos sua atuação é plenamente justificada, uma vez que o julgamento do incidente substituirá a decisão de vários processos que tratam do mesmo tema, e sua importância se assemelha à do julgamento de ações de controle de constitucionalidade. Ressalta-se, também, que nas decisões proferidas no incidente há a possibilidade do interveniente recorrer (GOMES, 2013).

Por fim, o *amicus curiae*, para manifestar-se no incidente de repercussão geral em recurso extraordinário (art. 1035, §4°, CPC/2015), interpor recursos ou fazer sustentação oral precisa estar representado por advogado, mas para o interveniente simplesmente falar nos autos, sobretudo quando for pessoa natural, não há necessidade de exigir a presença de advogado. A esta figura, ainda, não se aplica as regras de suspeição ou impedimento, aplicáveis aos auxiliares da justiça, e, também, não implica alteração de competência em razão da pessoa, assim como é retirado sua legitimidade recursal (art, 138, §1°, CPC/2015), ressalvadas o direito de opor embargos de declaração (art, 138, §1°, *fine,* CPC/2015) e de recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demanda repetitiva (art, 138, §3° e arts. 976 e seguintes, CPC/2015). O órgão julgador não fica vinculado à manifestação do *amicus curiae*, mas não pode ignorar esta manifestação, pois do contrário haveria grave violação ao contraditório e, por isso, a decisão deve enfrentar as alegações por ele apresenta nos termos do inciso IV, § 1° do artigo 489, do novo Código de Processo Civil (DIDIER JR., 2015).

CONCLUSÃO

A jurisdição, entendida como uma atividade que não se limita à declaração, mas que produz normatividade para além do caso concreto, depende de instrumentos tendentes a legitimá-la, mormente quando o sistema processual passa a contar com mecanismos vinculantes, capazes de atingir não somente as partes envolvidas no litigio. Nesse sentido, como o novo Código de Processo Civil propõe uma plêiade de instrumentos com força vinculante, como, por exemplo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o Incidente de Assunção de Competência, enfatizado, ainda, o julgamento especial de recursos de natureza extraordinária, quando considerados repetitivos, a positivação do *amicus curiae* justifica-se, não somente pela crescente abertura e complexidade do Direito, mas, também, porque traz legitimação jurisdicional às decisões com caráter vinculante que serão refletidas em casos futuros, uma vez que ele possui capacidade para contribuir para uma adequada pluralização e democratização da função jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ANCHIETA, Natascha Silva. Civil law e common law: aspectos históricos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira, v. 13, n 13, 2014. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11929/9341>.Acesso em: abr 2016.

BISCH, Isabel da Cunha. **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade:** um estudo comparado à luz das experiências americana, europeia e brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BORGES, Lara Parreira de Faria. **Amicus curiae e o projeto do Novo Código de Processo Civil:** Instrumento de aprimoramento da democracia no que tange às decisões judiciais. Temas Atuais de Processo Civil, v. 1, n. 4, out. 2011. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/51-v1-n-4-outubro-de-2011-/154-amicus-curiae-e-o-projeto-do-novo-codigo-de-processo-civil-instrumento-de-aprimoramento-da-democracia-no-que-tange-as-decioes-judiciais>. Acesso em: out de 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro:** um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva 2006

_____. **Amicus curiae no processo civil brasileiro:** um terceiro enigmático. 3 ed. São Paulo: Saraiva 2012.

_____. Da legimitidade do IASP como amicus curiae. In: FARAH, Elias (Coord). **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo.** Ano 17, v. 34, jul – dez 2014.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. Uma análise dos institutos interventivos similares - o amicus e o vertreter des öffentlichen interesses. **Revista de Processo**. V.117, p. 9 – 41, set./out. 2004. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000014dabfaced7cf37d343&docguid=Ia37ef540f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ia37ef540f25611dfab6f010000000000&spos=13&epos=13&td=22&context=391&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 31 mai. 2015.

CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Kleber Ricardo. Amicus curiae e o processo coletivo uma proposta democrática. **Revista de Processo.** v. 192/2011, p. 13-45, Fev. 2011, p. 7-8. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001 54bc097fa9e2b8ad35&docguid=Ie49577a0665c11e085e100008558bb68&hitguid=Ie49577a0665c11e085e100008558bb68&spos=2&epos=2&td=2&context=47&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: abr. 2016.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista do Direito Constitucional e Internacional.** v. 25/1998, p. 23-31. Out-Dez/1998, p. 1-2. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001 54b08c25f9447ff007&docguid=I2fe83a40f25311dfab6f010000000000&hitguid=I2fe83a40f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=8&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: mai. 2016.

DANTAS, Bruno. Súmula vinculante: o STF entre a função uniformizadora e o reclamo por legitimidade democrática. **Revista de informação legislativa**. v. 45, n. 179, p. 179-190, jul./set. 2008. Disponível em http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176543>. Acesso em: 24 de set de 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, v. 1, 2015.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do Processo.** 9. ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno.** 6.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DINAMARCO, Pedro Silva. Artigo 138. In: TUCCI, José Rogério Cruz et al., (Coord). **Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, OAB Paraná, 2015.

FILHO, Luís Sérgio Soares Mamari. **A Comunidade Aberta de Intérpretes da Constituição:** o *amicus curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2005.

FREITAS, Adrian Soares Amorim. O *amicus curiae* no projeto do novo CPC. **Coleção Jornada dos Estudos ESMAF**, Brasília, v.26, p. 9 – 16. Mai/2015.

GOMES, José Renato Rocco. *Amicus Curiae* e o projeto do novo Código de Processo Civil. **Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v.37, n.6, p.41-52. Nov/Dez. 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional Aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro. **Direito Público,** Porto Alegre, v.5, n.21, p. 27-49. Mai/2008.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2012.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente judicial como fonte de direito:** algumas considerações sob a ótica do novo CPC. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458380>. Acesso em: mai 2016.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Amicus Curiae: Um instituto democrático. **Jornal Síntese.** Porto Alegre, mai 2002, v. 63, p.3-4.

MEDINA, Damares. **Amicus Curiae:** amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Alessandra Lopes Santana de. A ideologia do caso concreto e da segurança jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** v. 77/2011, p. 65-91, Out. – Dez. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001549d300e1919045ec0&docguid=I351ce7401fd411e1bb1900008517971a&hitguid=I351ce7401fd411e1bb1900008517971a&spos=1&epos=1&td=1&context=12&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: abr. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9 ed. revisado e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. **A figura o *AmicusCuriae* e a sua utilização no processo civil brasileiro.** 2010. 219f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre, 2010.

_____. Anotações ao artigo 138. In: **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Porto Alegre, OAB RS, 2015

MIORELLI, Zilá T. *Amicus Curiae* como forma de intervenção de terceiros no processo civil brasileiro. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília v.23, n.8, p.41 – 55. Ago 2011.

MORAES, Alexandre. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais:** garantia suprema da Constituição. São Paulo: Editora Atlas, 2000

MOURA, Walter José Faiad de; FERREIRA, Bruna Cavalcante Lamounier. A garantia de participação efetiva das entidades de defesa dos consumidores nos recursos repetitivos. **Revista de Direito do Consumidor**. V. 71/2009, p. 195-219, jul/set 2009. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor.** V. 6, p. 405-428, abr 2008. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000001 54bc0b148ae2f54b6e&docguid=I06d64fc0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I06d64fc0f25311dfab6f0100000 00000&spos=1&epos=1&td=1&context=66&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: Mar. 2016

SILVA NETO, Francisco de Barros. A conciliação em causas repetitivas e a garantia de tratamento isonômico na aplicação das normas. **Revista de Processo.** v. 240/2015, p. 267 – 277, Fev / 2015, p. 1-3. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000015495 d01b95c057d565&docguid=I09f54660a13711e4bb01010000000000&hitguid=I09f54660a13711e4bb010100 00000000&spos=1&epos=1&td=1&context=50&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: Abr. 2016.

NOGUEIRA, Gustavo. A recepção dos precedentes pelo novo Código de Processo Civil: uma utopia? **Revista de Processo.** v. 249/2015, p. 379-397, Nov. 2015. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015 49d36e2b5b133d0a4&docguid=Idce9b920a86b11e5a10d010000000000&hitguid=Idce9b920a86b11e5a10d0100 00000000&spos=1&epos=1&td=1&context=46&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: abr. 2016

PINTO, Rodrigo Strobel Pinto. Amicus Curiae no Projeto De Código De Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 220/2013, p. 231 – 237, Jun / 2013. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad 6007a0000014d1f16573ab04de9b8&docguid=I988eee50b9fb11e2af3c010000000000&hitguid=I988eee50b9f b11e2af3c010000000000&spos=24&epos=24&td=282&context=128&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: abr de 2015.

PLACEDINO, Wesley da Silva. A legitimidade recursal do amicus curiae. **Revista dos Tribunais.** v. 938/2013, p. 301 – 328, Dez. 2013. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000153a4 893ff1efaa112d&docguid=I53f821304b6411e3b4c0010000000000&hitguid=I53f821304b6411e3b4c0010000 000000&spos=1&epos=1&td=1&context=52&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: mar 2016.

RAZABONI, Olivia Ferreira. **Amicus Curiae:** democratização da jurisdição constitucional. 2009, 163f. Dissertação (Mestrado em direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. **Revista de Processo.** v. 217/2013, p. 401-418. Mar. 2013. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000015 49d3196a0676c2be1&docguid=I283314e07bf011e28448010000000000&hitguid=I283314e07bf011e284480100 00000000&spos=1&epos=1&td=1&context=28&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: abr. 2016.

SANTOS, Marina França. Intervenção de terceiro negociada: possibilidade aberta pelo novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 241/2015, p. 95 – 108. Mar de 2015. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad60079000001 4d1f01a4ebf9b4fc33&docguid=I4d836390cc6f11e4ae62010000000000&hitguid=I4d836390cc6f11e4ae62010 000000000&spos=1&epos=1&td=8&context=35&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: abr de 2015

SILVA NETO, Francisco de Barros. A conciliação em causas repetitivas e a garantia de tratamento isonômico na aplicação das normas. **Revista de Processo.** v. 240/2015, p. 267 – 277, Fev / 2015. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000015495d01b95c057d565&docguid=I09f54660a13711e4bb01010000000000&hitguid=I09f54660a13711e4bb01010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=50&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: Abr. 2016, p. 1.

ZUFELATO, Camilo. Legitimidade recursal do *amicus curiae* no novo CPC. **Revista do Advogado**, São Paulo, n.126, p. 33-38. Mai/2015.

ELEMENTOS CENTRAIS DO POSITIVISMO CLÁSSICO: ENTRE PLENIPOTENCIARIEDADE DOS TEXTOS NORMATIVOS E A SUFICIÊNCIA DOS CONCEITOS

Marino Camargo de Abreu[1]
Igor Raatz[2]

INTRODUÇÃO

O presente ensaio busca traçar os elementos comuns do positivismo clássico no direito continental. Busca-se, desse modo, colocar em evidência as diferenças e as semelhanças existentes entre o positivismo exegético desenvolvido na França e o positivismo científico alemão (jurisprudência dos conceitos). Referido estudo insere-se num âmbito maior de pesquisa cujo objetivo é desvelar as raízes estruturais do positivismo, que mesmo na sua vertente clássica, nunca esteve atrelado tão somente à identificação do Direito no texto normativo oriundo do parlamento. Embora isso seja verdade diante do positivismo exegético, é certo que referido elemento constitui apenas um dos aspectos que, por sinal, é marcante somente no positivismo desenvolvido a partir da Codificação francesa. Justamente para esclarecer e desmi(s)tificar algumas questões centrais do positivismo é que seguirão as próximas linhas.

DO POSITIVISMO EXEGÉTICO COMO PROIBIÇÃO DE INTERPRETAR

Pretende-se, nos próximos itens, fazer uma espécie de cartografia do positivismo exegético francês. Para tanto, serão abordados, primeiramente, os seus aspectos históricos. Com isso, procurar-se-á desvelar a sua origem, que, ao contrário do que se costuma dizer, não está propriamente no *Code Napoleon*, mas, sim, no *Code Louis*, monumental projeto de Luis XIV tendente a proibir os juízes de interpretar, subordinando-os, com isso, ao intento centralizador de poder surgido com o Estado Absolutista numa espécie de sufocamento do pluralismo jurídico próprio do medievo. Somente após percorrer esse percurso é que a questão da proibição de interpretar desaguará nas questões pós-revolucionárias, contexto no qual, do ponto de vista histórico, a vedação de interpretar pretende-se à mantença dos ideais revolucionários que, diante de juízes ligados ao antigo regime, poderiam restar comprometidos, caso não fossem adotados instrumentos capazes de controlá-los, garantindo-se, com isso, uma espécie de supremacia do parlamento. Tendo por base esse pano de fundo, num segundo momento serão traçados os principais aspectos históricos do positivismo exegético francês.

[1] Bacharel em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: marinodeabreu@gmail.com.
[2] Doutor em Direito pela Unisinos. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: igor@raatzanchieta.com.br.

ASPECTOS HISTÓRICOS DO POSITIVISMO EXEGÉTICO

No Estado Absolutista, que perdurou até meados do Século XVIII, era comum a existência de sistemas jurídicos entrelaçados aos poderes da Coroa. Referidos sistemas, que poderiam ser considerados braços do poder monárquico, objetivavam, por meio da jurisdição, a afirmação do rei perante senhoris e súditos (LOPES, 2011) Na França, a Coroa buscava unificar o reino através da legislação, bem como dar efetividade às suas reformas no ordenamento jurídico (MERRYMAN; PERDOMO, 2009). Todavia, é possível afirmar que a magistratura, aplicadora da lei originada do poder monárquico, detinha certa autonomia frente ao reino, pois sedimentada em um período de venalidade e de hereditariedade dos cargos. Assim, os juízes possuíam o poder da rejeição das leis (*ordonnances)* promulgadas pelo rei, rejeição que se dava a partir da promulgação de pareceres (*remontrances)*. A fim de fundamentar seus julgados, os juízes faziam uso de fontes diversas daquelas advindas do poder monárquico, como por exemplo, doutrina e jurisprudência (LOPES, 2011).

Notoriamente, ocorre a caracterização de um embate entre juízes e o monarca, pois os magistrados possuíam o entendimento de que sua jurisdição não se estancava nos limites do direito privado, ou seja, na resolução de conflitos entre particulares, pelo contrário, entendiam que suas funções se estendiam aos negócios públicos, de interesse coletivo *(*LOPES, 2011)*. Ante* essa atividade impeditiva dos juízes, surge uma teoria de que a única forma de impedir os avanços dos juízes na atividade administrativa seria uma clara separação dos poderes legislativo e executivo frente ao judiciário, bem como uma regulamentação clara e cuidadosa acerca das formas de aplicação do direito oriundo da coroa (MERRYMAN; PERDOMO, 2009).

Neste sentido, a majestade, na figura de Estado legislador, passou a exigir a vinculação dos magistrados às suas vontades. Exemplo emblemático disso é *Ordennance de Lovis XIV*, conhecida como *Code Louis*, de 1667[3]. Em tal promulgação, os primeiros capítulos do código continham ordenamentos específicos no tocante da vinculação à lei, ou seja, com a edição do código, pelo rei Luís XIV, buscava-se a subordinação dos juízes às leis e não mais às tradições do direito anterior (LOPES, 2011). De forma expressa o Art. 7ª do *Code Louis,* ordenava que a interpretação do juiz se desse em sentido restrito à vontade do legislador, logo ao texto da lei (RAATZ, 2016) Aqui estava o germe da noção do juiz "boca da lei", que ganhou ainda mais força com a revolução francesa.

O intento de Luís XIV era, claramente, derrubar o "particularismo jurídico" próprio da idade média, engendrando, assim, uma estrutura centralizada de poder em favor do Estado e do soberano (RAATZ, 2016) Sua famosa frase, "*L'État c'est moi"*, muito bem traduz a identificação do Estado na figura do rei, o qual representava claramente a figura do sujeito da modernidade (RAATZ, 2016) Com ela, surgia o Estado e também a noção de sujeito, o qual encontrava-se desprendido das figuras cósmicas e transcendentais que lhe assujeitavam na idade média. Trata-se da passagem da metafísica clássica (mito do dado) para a metafísica moderna (filosofia da consciência).

[3] Conforme Picardi, "com a formação do Estado moderno será afirmado, ao contrário, o oposto princípio da estatalidade do processo: será, efetivamente, por primeiro Luís XIV a reivindicar definitivamente para si próprio o monopólio da legislação em matéria processual" (PICARDI, Nicola. Introdução ao code louis (ordonnance civile, 1667). **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 70-71).

Gradualmente, portanto, o Direito passa a ser identificado no Estado e na figura da sua autoridade. Com Hobbes, *auctoritas facit legem, veritas non.* Iniciou-se um afastamento do jusnaturalismo. Aqui, passou-se a falar de um direito natural secular, ou seja, o direito romano católico não mais rege o Estado-Coroa. Desta forma, mostrou-se oportuna a criação da figura do Estado-Nação, pois a partir de tal alteração tem-se uma renovação da conceptualização da soberania estatal, qual por sua vez, através de um direito positivo secular desvencilhou-se do antigo regime (MERRYMAN; PERDOMO, 2009).

O passo decisivo vem com a codificação do Direito, mediante a qual visava-se desprender-se das amarras do natural através da força do sujeito como fundamento para o erguimento do Estado como monopolista do direito (SANTOS, [S.d.]). Com efeito, a codificação demonstrou-se como forma de barrar um poder advindo de cargos e nomes qual possuía o poder judiciário que através da *noblesse de robe,* buscava controlar os poderes executivo e legislativo através da aplicação de princípios próprios oriundos de suas próprias convicções e tradições (CAENEGEM, 1984).

A ideia de um direito simples e uno ganha força a partir do fato de que, na França, tinha-se uma divisão das leis. O racionalismo tinha para si que esta divisão era fruto de uma arbitrariedade histórica, que deveria ser afastada a partir da remoção das leis antigas por um conjunto de normas modernas oriundas da ciência da legislação, qual seria capaz de ditar o comportamento humano a partir da análise da natureza do homem, frente às suas necessidades (BOBBIO, 1995).

Ante esta soberania, tão somente o Estado poderia legislar e através deste positivismo estatal, vedou-se a criação de direitos por quaisquer núcleos sociopolítico-jurídicos. Esse monopólio legislativo se mostrou cogente, a partir da ideia de que era necessário separar os poderes como forma de frear movimentos do judiciário no tocante a interpretação e "criação" de novos direitos (MERRYMAN; PERDOMO, 2009).

Uma das ideias fulcrais desse movimento era garantir segurança jurídica, demonstrando ao cidadão, que de qualquer forma deveria se portar de acordo com a lei vigente. Inclusive, essa nova legislação equiparava todos os cidadãos, de forma que não caberia ao julgador dar extensão ao sentindo da norma em detrimento de outro componente da sociedade, sob a justificativa de zelar pelo bem público (BOBBIO, 1995).

A partir daí passou-se a utilizar como fontes do direito, tão somente, aquelas consideradas fontes formais, uma vez que a fim de vincular os juízes estritamente às leis promulgadas pelo Estado ou a costumes considerados válidos, ou seja, com a chegada do positivismo os juízes não mais poderiam fazer uso de doutrinas e, ou, jurisprudências em detrimento à lei para fundamentar suas decisões (MERRYMAN; PERDOMO, 2009).

Montesquieu, patrono da separação dos poderes, defendia que caso fosse dado ao juiz qualquer liberalidade interpretativa acerca da legislação, além de se ter uma afronta à separação dos poderes, uma vez que aos juízes teriam a faculdade de atribuir suas normas, o que ocasionaria a dispersão das normas do legislador, ter-se-ia uma indefinição acerca de qual regulamento deveria ser seguido, se o do legislador ou dos juízes, tornando indefinidas as obrigações vigentes (BOBBIO, 1995).

O ápice disso se estabelece, portanto, com a promulgação do Código de Napoleão, instrumento que pode se considerar um código moldado a uma situação social específica, que serviu para substituir as fontes do direito anterior por uma nova e centralizada ideia de organização jurídica. Tem-se a partir desta promulgação o nascer da dogmática da lei absoluta. Surge uma ideia de *códigocentrismo* (ANCHIETA, [S.d.]).

Ainda que possa parecer paradoxal, o dogma da onipotência do legislador teve sua emancipação por conta das interpretações e não por conta da redação do texto da lei. O que se está a dizer é que, ao contrário do que se afirma, o positivismo exegético francês não vedava por completo a interpretação. Ao contrário, o que desejava o legislador era justamente que o julgador interpretasse, porém que interpretasse exclusivamente a lei, ou seja, em casos de insuficiência e silêncio da lei o juiz deveria buscar, através da interpretação do âmago do código, a resolução para o caso em concreto. Logo, o código ainda que ausente de forma expressa na lei conteria a solução para o determinado caso, porém em seus princípios e, ou, ideologias, tendo-se assim, outro dogma do positivismo jurídico qual seja o da completitude da lei (BOBBIO, 1995).

A partir do disposto no Art. 9º do Código Napoleônico, cumulado com o famoso discurso de Portalis ao Conselho de Estado, percebe-se que os legisladores reconheciam a insuficiência da lei para a resolução de todo e qualquer conflito que adviesse, vinculando as resoluções dos embates a um apego ao direito natural, ainda que este fosse repelido inicialmente, pois esta vinculação dava-se através de uma razão natural (SANTO, [S.d.]) A partir dessa insuficiência da lei, o código remete os juízes ao uso da equidade, qual conforme o art. 9º do Código "é um retorno a lei natural, no silêncio, na oposição ou na obscuridade das leis positivas" (BOBBIO, 1995, p. 76).

Ainda, visando encerrar uma problemática ocasionada no período revolucionário, qual seja a abstenção dos juízes em julgar sob o argumento de ausência de lei para tanto, o legislador napoleônico, com a promulgação do art. 4º, bem como do art. 9º, vinculou-se o julgador ao texto da lei, pois, o primeiro artigo determinava a obrigatoriedade do julgamento e o segundo entregava ao julgador as margens legais para tanto, nos casos de insuficiência e, ou, silêncio da lei. Tem-se, aqui, a notória fundamentação do positivismo jurídico, uma vez que da lei, tão somente, emerge a solução e ou critérios para a resolução de qualquer problemática jurídico-social e, assim, a criação da "escola da exegese", que possuía entendimento conhecido como fetichismo da lei (BOBBIO, 1995). Eis os fundamentos históricos do positivismo exegético.

ASPECTOS TEÓRICO DO POSITIVISMO EXEGÉTICO

Com efeito, a partir da promulgação do Código Civil de Napoleão, iniciou-se um processo de reverência ao texto da lei. Antecedentemente à técnica exegética, a partir de uma metodologia gramatical/literal, passou-se a afirmar que a problemática não mais estava na lei positiva, mas sim em seu intérprete, pois este deveria encontrar sentidos fidedignos oriundos do cerne da lei para preencher passagens abstrusas do próprio texto legal analisado (WARAT, 1994).

A técnica exegética consistia em fazer uso do sistema material utilizado pelo legislador e não mais em elaborar um parecer e, ou, opinião acerca do que pretendia o legislador, ou seja, aquilo

que previu o legislador será suficiente para elucidar toda e qualquer problemática encontrada pelo aplicador (BOBBIO, 1995).

O positivismo exegético, sendo um passo evolutivo do método literal, mantém a univocidade da lei, todavia, aqui, atribui ao legislador uma posição suprema. O papel do legislador no método exegético reflete, ainda, a vontade de uma classe social que através de um sistema jurídico que visava para si uma maior segurança frente às práticas arbitrárias absolutistas. O "espírito do legislador" representa, também, a onipotência da lei, bem como uma ideia de racionalidade, qual representa o mito de uma elaboração legislativa perfeita (WARAT, 1994)

Tem-se com a codificação a idealização de um monismo jurídico qual, por sua vez, eleva a lei ao topo do ordenamento, tornando o cume de uma hierarquia jurídica dotada de rigidez, qual atribui às diversas fontes do direito, bem como aos posicionamentos inferiores uma ideia de servidão (GROSSI, 2007).

Com a exegese, extrai-se o fenômeno "fetichização do discurso jurídico" entendimento que, partindo-se de um discurso dogmático transparente, ou seja, no qual oculta-se seu processo de elaboração (transparência discursiva), a lei incorpora um estado 'natural', diz-se que é *lei-em-si*, ou seja, que sua condição 'natural' está em consigo desde sua concepção, configurando uma tentativa infrutífera de demonstrar, de forma imediata, a realidade social que tal lei encontra-se inserida, tornando-a, portanto, simploriamente uma figura expositiva. No entanto, afirma-se que através do processo interpretativo o jurista não descobre o verdadeiro significado/sentido da lei, mas sim institui um inaugural entendimento que vai ao encontro de suas ideologias sociais e teóricas. A norma é externa ao texto e é atribuída pelo ator. Diante disso, pode-se atestar que entendimentos diversos acerca do mesmo texto podem ser verdadeiros, pois o significado da lei é heterônomo. Outrossim, a dogmática jurídica preocupa-se com a busca pelo "sentido-em-si" que, tal como a "lei-em-si", estaria presente à lei desde o momento de sua elaboração (STRECK, 1999).

É possível, neste ponto, aclarar a distinção entre a *lex* do medievo e a *loy* da modernidade, (GROSSI, 2007) uma vez que lei moderna funda-se em sua essência metafísica clássica, ou seja, seu mérito, sua força vinculante está, tão somente assentada no fato de ser lei.

No exegetismo positivo tem-se certa desvinculação do direito positivo com o direito natural. Nesta ruptura com o direito milenar, o positivismo exegético mostrou-se como determinação para os conceitos e princípios vagos do direito natural, pois este não se demonstrava como base para o entendimento jurídico, devendo o jurista utilizar tão somente o direito positivo. O direito natural somente poderia ser utilizado a partir do momento em que fosse incorporado ao direito positivo. Ainda, a escola da exegese visou ultimar com o problema da aplicação subsidiária do direito natural para sanar possíveis lacunas no direito positivo. Com base nos termos do Art. 4° do Código Napoleônico o juiz deveria assentar seu entendimento tão somente no direito positivo (BOBBIO, 1995).

Essa negativa ao direito natural comunicava-se, também, com o "princípio da onipotência do legislador", qual negava qualquer direito, ainda que positivo, que não tivesse origem no direito estatal, pois tão somente se considerava normas jurídicas aquelas advindas do Estado. Logo, o direito deveria ser aplicado de acordo com a racionalidade legislativa e não com a racionalidade do aplicador do direito (BOBBIO, 1995).

Ante o movimento exegético, o intérprete deveria apostilar a lei visando abarcar a vontade do legislador, iniciando seu processo cognitivo através da análise gramatical do verbete, ou seja, deu-se a criação da figura do *bouche de la loi* (boca da lei) através do qual o juiz apenas dava vigência a vontade pretérita do legislador, ausente, aqui, qualquer elemento volitivo-interpretativo (REALE, 1978). Na exegese tem-se a mitificação acerca da figura de um juiz neutro e não criativo, qual dá-se através de uma figura mecanizada qual era defeso expressar em suas decisões qualquer elemento diverso daquele expresso na lei positiva (WARAT, 1994).

Por sua vez a interpretação lógico-sistemática adveio, na exegese da lei, a partir de uma proposição sistemática, ou seja, o artigo é disposto em um determinado capítulo, qual por sua vez encontra-se assentado em um título do código. Esta disposição, demanda ao intérprete que hermenêutica do artigo seja a partir de seus preceitos cumulados com a sua alocação sistêmica na lei (REALE, 1978).

Cediço que a partir deste raciocínio, buscava-se para o Direito um sentido pré-determinado, um significado embrionário da lei. Tal comportamento já aportava um método que visava segurança jurídica a partir do afastamento de qualquer indício interpretativo jurídico que pudesse advir da leitura do texto legal. Logo, um texto que emanasse uma norma exata capaz de ser compreendida de forma universal, vinculante em sua aplicação (NEVES, 1995).

A Escola da Exegese utilizava-se de um subterfúgio a fim de garantir como intocável a vontade do legislador, bem como para manter o julgador dentro dos limites positivos da lei. Tal evasão dava-se através dos princípios gerais do direito quais representavam uma espécie de alargamento pré-determinado da norma do texto, pois sempre de acordo com a aspiração daquele que possuía o poder legislativo, vinculando, assim, o aplicador à ao texto positivo mesmo que de forma abstrata. Ou seja, possuía-se um rol de axiomas quais deveriam os aplicadores fazer uso para indiretamente aplicar a lei positiva (WARAT, 1994).

Uma grande distinção que se faz entre a exegese e a interpretação é que a interpretação, ora jurídica, não se dá simplesmente pelo aponte do sentido como texto, mas sim expande a fonte, de forma normativa, para separar *ius* e a *lex.* O que se está a dizer é que a exegese, diferentemente da interpretação jurídica, não expande a fonte, mas sim a completa intrinsicamente vinculando o *ius* à *lex.* Desta forma pode-se afirmar, sem receios, que a exegese fecha a fonte do direito através dela mesma (NEVES, 1994).

Essa linha de raciocínio lógico-positiva, qual instaurou-se ainda em tempos não-industriais, foi gradualmente perdendo força, ante as inovações técnicas do século XIX, qual modificou consideravelmente os costumes sociais que por sua vez passaram a conflitar com a ordem jurídica vigente. Ante novas posturas sociais e, porque não, novos costumes, a lei passou a não abarcar uma nova gama de práticas sociais, mesmo com todo esforço dispendido pelos intérpretes do direito. Assim, tem-se outro modo de pensar o Direito, qual seja a interpretação histórica cujo dogma se dava na adaptação do direito a uma realidade histórico-progressiva, ou seja, a legislação não ficava restrita às suas origens cognitivas, pelo contrário moldava-se conforme as necessidades sociais, a partir dos aspectos históricos de uma determinada sociedade (REALE, 1978).

A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS: A VERSÃO ALEMÃ DO POSITIVISMO JURÍDICO CLÁSSICO

Ao contrário do direito francês, que no início dos oitocentos vivenciou uma revolução, bem como a criação de um Código, as estruturais sociais alemãs eram bastante diferentes. A ausência de uma unificação política fez com que o elemento jurídico abrangente e tendente à centralização não fosse um Código (que só chegaria na Alemanha no final dos oitocentos), mas, sim, o Direito Romano. Ainda no século XVI, a Alemanha recebeu o Direito Romano – movimento denominado de "recepção" – em substituição às leis costumeiras medievais, o que, de certo modo, promovia a unidade política das "Alemanha" e fornecia, de um golpe só, o mais douto sistema jurídico disponível (CAENEGEM, 2010). Esses fatores vão acabar influenciando diretamente no modo como o positivismo jurídico irá se desenvolver na Alemanha. Embora, aqui, ele não seja produto de um Código, é possível identificar elementos comum nas duas experiências positivistas continentais. Para tanto, passa-se ao estudo da jurisprudência dos conceitos alemã, fruto do desenvolvido da escola histórica, cuja paternidade pode ser atribuída a Savigny.

DA ESCOLA HISTÓRICA DE SAVIGNY

Faz-se necessário, antes de adentrar-se especificamente na Jurisprudência dos Conceitos uma análise da Escola Histórica, cujo maior expoente foi Savigny, e é considerada uma espécie de preparação do positivismo jurídico na Alemanha, pois ia claramente de encontro ao direito natural. Nisso, verifica-se uma conexão da teoria histórica com os elementos fundamentais do historicismo (BOBBIO, 1995).

Savigny defendia que se obtinha unidade a partir de uma sistematização histórica do Direito. Ainda, tinha que esta sistematização poder-se-ia comparar à filosofia, ou seja, Savigny emprega sentido totalmente diverso ao termo filosofia, deixando este de ser comparado ao jusnatural. Consequentemente, no caráter filosófico (leia-se sistêmico-histórico) da ciência do Direito deveria ser afastado do todo e qualquer princípio natural, uma vez que estes serviriam, tão somente, de orientação para que a ciência do Direito pudesse construir uma unidade, um ideal, ou seja, o jusnatural deveria ser afastado do processo cognitivo (LARENZ, 1997).

A tese de Savigny buscava não, tão somente, a reverência ao direito romano, mas também um princípio orgânico, a raiz doutrinária do direito estrangeiro, fazendo uso tão somente daquilo que, ainda, poder-se-ia considerar *vivo.* Ainda, a metodologia histórica do direito, baseada em um procedimento de subsunção lógica, almejava o cientificismo do direito e, ao mesmo tempo, a solução do caso a partir da subsunção dos fatos aos seus lógicos conceitos (RAATZ, 2016).

Para Von Savigny, inspirado no romantismo alemão, a vontade do povo, historicamente advinda do volksgeist, seria fundamento para uma nova realidade jurídica (MERRYMAN; PERDOMO, 2009). A partir da obra de Savigny de 1803, é possível aduzir que o papel da jurisprudência deixou de ser fundado na dogmática, alterando-se para a construção *stricto senso*, renovando-se, assim, a sistematização do direito. E é através da historicidade que se buscaria o elemento unificante, sendo este o núcleo central da pesquisa (LOSANO, 2008).

Para o autor alemão, o direito positivo, ou seja, legislado, aconteceria no tempo e, assim, traria consigo a história do Direito, qual umbilicalmente conectada com a do Estado e, portanto, o intérprete deveria remontar-se à época da promulgação da lei para atribuir a verdadeira norma do texto. Para que a interpretação alcance sua finalidade, necessita de uma tríade elementar, qual seja o lógico, o gramático e o histórico. Somente através da sistematização que a interpretação conseguirá distinguir as particularidades da lei, pois esta somente possui seu sentido como um todo, logo como sistema, ressalta-se progressivo (LARENZ, 1997).

Logo, uma das diferenças entre o método exegético e o método histórico se dá na ausência de uma codificação, como fonte originária do Direito. Ausência esta que acarreta, através de uma influência romana, no emprego dos costumes, também, como fontes originárias do direito, ou seja, aqui o intérprete faz uso de fontes alternativas à lei. Assim relata Warat (1994, p. 70 e 71), ao explicitar a caracterização do método histórico ante o método exegético, qual pregava a reverencia exclusiva ao código:

> O método histórico não se cinge a um direito codificado, mas admite o concurso de costumes como fonte originária do direito, ao qual deve necessariamente remeter-se o interprete no processo decisório
> Os costumes, a tradição comum, a história, o espírito, é o que une o povo alemão, e não um código comum, um texto legal, ao qual há que rende culto reverencial, quase sagrado, como ocorreu na França com o Código de Napoleão. O direito não está na lei escrita, mas se origina no povo, em sua história, em seus costumes, e é a projeção e encarnação de seu espírito, segundo Puchta, discípulo de Savigny.

Da interpretação de Savigny não se extrai o caráter teleológico, pois o autor alemão aduzia que o interprete não deveria buscar o que o legislador teria visado atingir, mas tão somente o que teria preceituado, ou seja, a partir de um significado lógico e gramatical da palavra da lei aplicado à uma conexão sistemática se mostre como determinação (LARENZ, 1997).

Há, na teoria *savignyana*, um elemento comunicativo com a tradição exegética, que é a vedação do juiz em interpretar a lei de forma diversa da legisladora, ou seja, ao magistrado caberia tão somente executar a lei, pois o papel criador e, também, inovador seria de competência exclusiva do legislador. Porém, aqui permitido ao julgador o uso da analogia, no entanto, tão somente quando haja um caso não regulado, ai caberia ao julgador encontrar uma norma exclusiva dentro da lei que remetesse à um caso semelhante ao não previsto pelo texto legal (LARENZ, 1997).

O método histórico demonstra semelhanças com a metodologia exegética, pois possui no Direito positivo sua base interpretativa, presente unicamente no código nesta tradição e, naquela, no direito romano objeto da recepção depurado em conceitos pela doutrina. Ainda, enquanto na exegese exprime-se a vontade exclusiva do legislador, na metodologia histórica o Direito positivo emerge da história, de uma "consciência jurídica social". Coincidem ambas ante o mecanismo do juiz vinculado ao significado da normal legal (WARAT, 1994).

Talvez o ponto central da diferença entre as escolas esteja no fato de que o método exegético, *"fetichiza"* a lei tratando-a como lei-em-si, (STRECK, 1999) enquanto o método histórico caracteriza o costume como fonte advinda do espírito do povo, ou seja, "uma entidade metafísica, uma estrutura eterna e presente em nosso espírito, eticamente incorruptível. Um já-dito-desde-

sempre que impede aceitar o devir transformador de uma sociedade que pensa a si mesma como instituinte" (WARAT, 1994, p. 73).

A seguir adentrar-se-á no Cientificismo alemão, qual emergiu da Escola Histórica, sedimentando uma visão diversa da interpretação jurídica, a partir da ciência para a criação do Direito.

AS RAÍZES CONSERVADORAS DO POSITIVISMO ALEMÃO

Tal como apresentou-se o Positivismo Exegético, demonstrar-se-á o Positivismo Científico inicialmente pelas razões histórico-sociais que vieram a oportunizar o nascer desta escola, passando-se, após, aos aspectos teóricos fundamentais desta importante e influente tradição jurídica.

Há um rol de fatores sócio-políticos que levam à esta tradição, sendo os principais i) a Revolução Francesa; ii) o pensamento iluminista com seu *Liberté, égalité, fraternité*; iii) A liberalista concepção de Estado; iv) os ensinamentos de Kant; v) a influência da Escola Histórica; e por fim vi) o Cientificismo. Como resultado das modificações políticas, sociais e, principalmente, ideológicas, estas banhadas pela então hodierna Revolução Francesa, o positivismo científico germânico possui origem no século XIX, sendo seus principais expoentes Puchta, Jhering e Windscheid (PEPINO; GAVIORNO; FILGUEIRAS, [S.d.]) A denominação "pandectista" origina-se da influência do direito romano atual nos estudos do direito privado alemão (REALE, 1978).

Diz-se do positivismo científico que tal adota como metodologia a lógica analítica, a descrição e a observação, sendo tais elementos pontos fulcrais de toda e qualquer ciência empírica, sofrendo forte influência do iluminismo (BRAGA; NEME, 2015).

A recepção do direito romano no território alemão teve seu princípio no século XVI, alavancada por uma ausência de centralização do poder, haja vista um fracionamento do ordenamento jurídico, pois cada feudo aplicava seus costumes locais (NETO; HAEBERLIN, [S.d.]) Conhecida como "Recepção", esta mutação do Direito Romano em Direito Nacional, ora alemão, teve seu ápice no século XVI com os estudos do *Corpus Juris*, bem como dos comentaristas medievais (CAENEGEM, 1984).

Notadamente, o movimento de maior expressão desta Escola, foram os denominados "Pandectistas" já no século XIX, pois se debruçaram sobre, talvez, o ponto mais importante dos escritos romanos, qual seja as Pandectas ou Digesto. Insta aclarar que para este movimento esses estudos se faziam dogmáticos e não meramente um estudo histórico (CAENEGEM, 1984).

Algumas monarquias alemãs, nos séculos XVIII e XIX, recepcionaram uma legislação diversa da romana, legislação esta produzida pelo próprio monarca, conhecida como *reichsrecht* (legislação real), que consistia muitas vezes na, tão somente, na positivação do *volksrecht* (lei do povo) na forma de leis, conhecidas como *leges babarorum.* Salienta-se o importantíssimo papel destas leis na conservação das tradições jurídicas destes povos germanos (NETO; HAEBERLIN, [S.d.]) Houve,

ainda no século XIX, uma notória separação dos analistas do direito alemão, sendo estes os romanistas e os germanistas, cada um com sua visão acerca do passado jurídico alemão[4].

Tal como o positivismo exegético francês, o positivismo científico alemão, como tradição jusfilosófica moderna busca a ruptura com o jusnaturalismo, busca o afastamento de todo e qualquer elemento metafísico clássico (BRAGA; NEME, 2015). No entanto, a jurisprudência dos conceitos encontra-se assentada justamente entre o jusnaturalismo e o positivismo, sua origem. A escola pandectista apresenta-se como evolução do positivismo a partir do momento em que traz consigo uma "plenitude lógica do sistema normativo", inadmitindo, logo, a existência de lacunas, que por sua vez não possuíam caráter jurídico ou possuíam pouca importância (PEPINO; GAVIORNO; FILGUEIRAS, [S.d.]).

Este cientificismo buscava não conceder a fatores extrajurídicos, tais como valores e ética, a oportunidade de mostrarem-se como solução para alguma problemática jurídica, uma vez que o direito seria oriundo das normas jurídicas, conceitos e princípios jurídicos, caracterizando assim um sistema jurídico nacional (WIEACKER, 2004). Villey (2003) retrata a ciência positivista científica como um estudo dos fatos, a partir de uma metodologia moderna amparada pelas demais ciências sociais.

Tendo em vista as elementares supracitadas do positivismo científico, necessário se faz alguns apontes acerca das consequências oriundas da utilização destes aspectos fundamentais. O sistema referenciado pelo positivismo científico se mostra um sistema fechado de normas, logo autônomo. Assim, mostra-se um sistema desvinculado da facticidade social, em que pese tais regulada pelas referidas normas. Ante esta independência do sistema, pode-se concluir que possível é decidir as situações jurídicas, de forma correta, tão somente por intermédio da subsunção da realidade a um suposto valor extraído de um princípio geral tido como dogma. Ainda, para o cientificismo os conceitos jurídicos, em que pesem não possuam um único valor de caráter sistemático regulador, tal como fórmulas matemáticas, possuem, intrinsicamente, elementos que permitem a correção do direito e, assim, a partir de sua aplicação lógica se extrai uma decisão tida como correta (WIEACKER, 2004).

Georg Frederich Puchta (discípulo de Savigny), mesmo mantendo a ideia de um sistema jurídico, divergiu de seu mestre no momento em que visualizava seu *sistema de conceitos de forma piramidal*, e não um sistema de subsídios que giravam em torno de centro elementar, tendo este núcleo como referência (BRAGA; NEME, 2015). Tal como em Savigny, em Puchta há, de forma símile, a busca pelo princípio unificador como ponto de partida para a sistematização. Busca um desapego a um racionalismo jusnaturalista como forma de retornar a ideia das fontes (LOSANO, 2008).

A hierarquia da pirâmide dos conceitos caracterizava um sistema lógico racional que continha um conceito máximo, ocupante do topo da pirâmide, do qual a partir de uma interpretação dedutiva lógica emanava os demais conceitos integrantes do sistema normativo, sendo esta a

[4] Ambas as vertentes estudavam o passado nacional, mas concentravam-se em dois componentes diferentes: os romanistas, o Direito romano como desenvolvido, recebido na Alemanha e ali adaptado nos séculos seguintes; os germanistas, o Direito germânico e os costumes medievais e cartas de burgos com testemunhos verdadeiros do espírito jurídico alemão. Germanistas e romanistas não estavam separados apenas pelos interesses acadêmicos, mas também envolvidos em uma luta pelo futuro do Direito. *In* CAENEGEM, R.C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985. Tradução de Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henrique Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 10.

denominada genealogia dos conceitos (PEPINO; GAVIORNO; FILGUEIRAS, [S.d.]). Essa genealogia dá-se a partir de um conceito primário máximo, de caráter generalizado e abstrato, do qual se origina conceitos, que dão origem a novos cada vez mais coesos e específicos ao caso concreto (BRAGA; NEME, 2015).

Este sistema do positivismo científico mostra-se, portanto, como um sistema fechado, qual almejava uma plenitude, todavia não através das normas jurídicas, pois estas não seriam plenas, ou seja, ausentes de lacunas. Esta ideia de pirâmide dos conceitos, bem como suas conexões fundadas em uma lógica, autorizava o preenchimento das lacunas oriundas da lei positiva através de uma construção criadora. Por conta deste objetivo de preenchimento que se faz necessário o aperfeiçoamento dos conceitos, para que após seja realizada a subsunção correta por parte do julgador, pois será suficiente para a resolução do caso em concreto. Logo, aqui o julgador limitar-se-á a esta subsunção (WIEACKER, 2004).

Puchta buscava cientificar o direito, inserindo-o no rol das ciências naturais. Conjuntamente, o doutrinador alemão afirmava que todos os conceitos encontravam-se intrínsecos no ordenamento jurídico, sendo sua apuração realizada com base na metodologia histórico-cultural cumulado com o *volksgeist,* ou seja, o espirito do povo (BRAGA; NEME, 2015) Com este sistema de Puchta tem-se não mais um nexo orgânico como preconizava Savigny, mas sim nexo lógico, qual possibilitava a análise do *nationalengeist* do direito, o que possibilitava a ciência de novas proposições jurídicas ainda não desveladas pelo legislador (PEPINO; GAVIORNO; FILGUEIRAS, [S.d.]).

Para Puchta, o intérprete que conseguir desvendar a origem dos conceitos, estes de forma individualizada, seja na ordem crescente ou na inversa, possuirá o domínio da metodologia sistemática por ele defendida. Logo, a atividade do jurista passa a ser vista com fonte do direito, ora a terceira fonte (LARENZ, 1997).

A partir desta necessidade evolutiva da aplicação do direito romano, dá-se a aparição de uma figura de notável contribuição ao Direito como um todo. Rudolf Von Jhering, educando de Puchta, traz ao direito alemão uma perspectiva natural histórica da ciência do direito, no qual via o direito "como um organismo, com força motora própria, muito embora também o apresentasse como máquina, cuja força motora é externa" (PEPINO; GAVIORNO; FILGUEIRAS, [S.d.]). É verdade que, num segundo momento, Ihering acaba rompendo com essa perspectiva positivista conceitual e fundará uma espécie de jurisprudência sociológica que dará origem à jurisprudência dos interesses na Alemanha. Porém, a primeira fase do seu pensamento é mais um passo decisivo na afirmação e desenvolvimento da jurisprudência dos conceitos.

Tal como Puchta em relação a Savigny, Jhering afasta-se de seu mestre ao pregar que no lugar de um elemento suprapositivo ético como pressuposto dos demais conceitos, há o suporte fático. Neste ponto, Jhering demonstra sua tese a partir da analogia com o alfabeto, no qual o papel do jurista seria símile ao de encontra as letras de uma palavra, sendo as palavras o direito (leia-se leis e suporte fático) e as letras seus conceitos basilares. Logo, através do alfabeto seria possível a criação de uma vasta gama de palavras (BRAGA; NEME, 2015).

Para o discípulo de Puchta, há a simplificação quantitativa e a qualitativa do direito. Esta última dá-se a partir da chamada construção, qual consiste em uma análise à miúdes dos conceitos

jurídicos. A partir desta individualização, a ciência jurídica devia aplicar sua tese, através da *definição do instituto*; da *evolução do instituto*; e da *relação do instituto* com os demais institutos esmiuçados. Percebe-se que com esta metodologia, Jhering aproximava-se do direito natural, ao fazer uma distinção entre jurisprudência inferior e superior. A jurisprudência superior ao remeter o jurista à construção científica do direito demonstrava-se como passo evolutivo da jurisprudência inferior, qual era vista aos moldes exegéticos (BOBBIO, 1995).

Para Jhering, o sistema do direito consiste em afirmar que a ordem não se introduz à coisa, mas sim é possível extraí-la da coisa, ou seja, é possível afirmar que, nesta parte de sua teoria, Jhering possui um idealismo estrito a um sistema interno, posição que se alterará na segunda parte de sua doutrina (LOSANO, 2008) Ainda a fim de sustentar sua tese, Jhering demonstra-a sob outra forma análoga, qual seja fundada na ciência química. Em tal perspectiva comparativa, o jurista afirma que assim como o químico analisa separadamente cada elemento químico, o jurista separaria e analisaria dissolvendo o direito em simples elementos (PEPINO; GAVIORNO; FILGUEIRAS, [S.d.])

A fim de encaminhar-se o fechamento deste tópico acerca da Escola Pandectista, necessária, ainda que breve, uma análise acerca da metodologia de Bernhard Josehp Hubert Windscheid, autor da obra "Tratado das Pandectas". Inicialmente, Windscheid por ser defensor de que os juristas deveriam afastar-se da análise de elementos ético-econômicos, bem como de questões de ordem pública, demonstrava certo afastamento de Puchta, defensor de um conceito fundado na ética (BRAGA; NEME, 2015).

Neste passo, alegava que inexistia um direito subjetivo advindo da vontade daquele que o portava, mas sim da vontade de uma ordem jurídica (PEPINO; GAVIORNO; FILGUEIRAS, [S.d.]). Há aqui uma convergência e, ao mesmo tempo, divergência entre Windscheid e Puchta. Explica-se. Ambos têm no cume de sua pirâmide conceitual o direito subjetivo. Em Puchta, acreditava-se na liberdade moral do ser em exercer ou não seu direito sobre determinada coisa, sendo, portanto, ato de vontade do ser. No entanto em Windscheid, a vontade ultrapassa o subjetivo chegando à ordem jurídica. Portanto, em Windscheid não mais se falaria em possibilidade de domínio do objeto, mas sim em possibilidade de imposição de uma obrigação oriunda da ordem jurídica para alguém (para Windscheid, eis a pretensão) (LARENZ, 1997).

Para Windscheid, dignidade e o valor do Direito serviam como estrada única a chegar-se na ordem moral do Direito. Refere, então, que a lei transcende à vontade do legislador. Para ele a lei reflete um saber ancestral, a comunidade jurídica reconhece algo como Direito antes do texto legal, logo, agora fala-se em razão do povo e não mais em espírito ou vontade, o que caracteriza, por óbvio, o costume como fonte do Direito (LARENZ, 1997).

Windscheid mantinha um aspecto histórico-racional, notável influência de Savigny. No entanto, aqui a historicidade do raciocínio apresentava-se através de uma ideia de "fato histórico-psicológico", no qual a racionalidade social exalava através da lei, porém, pela vontade do legislador. Assim, após a individualização e, consequente, recomposição do conceito jurídico, se apresentava a lógica oriunda das presunções do sistema jurídico (PEPINO; GAVIORNO; FILGUEIRAS, [S.d.]). Ou seja, algo passível de elaboração científica, com caráter histórico e, também, sistemático (LARENZ, 1997)

Neste processo de decomposição e reagrupamento do conceito jurídico, a partir da tese de Windscheid, o jurista deveria buscar o elemento volitivo idealizado pelo legislador, bem como o

intérprete poderia alçar novos níveis interpretativos para apresentar a intenção do promulgador, o intento obscuro da lei, aquilo que o legislador queria ter dito, mas o fez de forma expressa (BRAGA; NEME, 2015).

Neste ponto, visou-se que o positivismo científico alemão, mesmo com suas dissidências, demonstra uma unidade peculiar, qual seja o retorno à sistematização do direito, a partir de um núcleo unificador, seja piramidal, seja como um organismo, qual visava afastar-se de elementos diversos dos fatos para a criação da lei. Aqui, a partir de uma ciência fragmentadora, busca-se os elementares, os conceitos históricos-racionais fundamentadores do direito.

CONCLUSÃO

O positivismo científico ou conceitual (*Begriffsiurisprudenz*) tem como coordenadas fundamentais o sistema conceitual e a lei. O direito, nesse sentido, teria uma imanente e essencial racionalidade, de modo que o sistema conceitual teria um valor ontológico, traduzindo a estrutura construtiva e fundamentando o direito, cujo elemento constitutivo seria o conceito e a estrutura fundamental, o sistema conceitual, expressão eterna e universal do direito. Aqui, a lei figura como dado fundamental, como ponto de partida para a construção do conceito, ainda que, inicialmente, o labor jurídico se desse sobre textos do direito romano e comum (NEVES, 1971). De qualquer forma, imperava o método da inversão, mediante o qual o dado positivo da lei era revertido aos conceitos e ao sistema conceitual pressuposto: o procedimento consistia em utilizar como fonte para a criação de normas necessárias e não existentes as noções gerais que a ciência abstraia das normas legais particulares. Para fins de clareza e sinopse, a ciência ordenaria o conteúdo legal no sistema. Os elementos comuns se compreenderiam, então, em conceitos cada vez mais gerais, definidos com exatidão (HECK, [S.d]). Daí Savigny (1946, p. 112), um dos arautos da escola histórica (e a escola histórica forma a base do positivismo científico), afirmar que seu método não era uma veneração exclusiva do direito romano, mas, sim, consistia em *"encontrar sob sua raiz toda a doutrina do passado, e descobrir o princípio orgânico, de maneira que quanto haja vivo se separe das partes mortas já, as quais restariam como meros objetos do domínio da história"*. Ainda, deve-se destacar que esse método de conceptualização realizava-se mediante um processo lógico-subsuntivo de modo a alcançar, por um lado, o conhecimento "científico" do direito, e, por outro, garantir a possibilidade de uma aplicação concreta nos termos de uma estrita operação lógica de subsunção: os fatos haviam de ser subsumidos ao conceito que logicamente os representava, para se deduzir das inferências lógico-jurídicas do conceito a solução jurídica do caso a ser resolvido (NEVES, 1971).

Os dois positivismos, segundo Castanheira Neves, só se distinguem por uma diversa acentuação de notas comuns:

> [...] o positivismo exegético preocupar-se-á mais com os problemas analíticos-interpretativos – será o positivismo jurídico à baisse –, o positivismo científico ocupa-se, sobretudo, das análises e construções conceituais – e será o positivismo jurídico à hausse (1971, p. 418-419).

Ambos, no entanto, reduzem o direito a um esquema puramente lógico de dedução silogístico-subsuntiva e são alvos da mesma crítica formulada pelo mestre conimbricense. E esta reside justamente no *"momento subjectivamente arbitrário de toda a construção",* vale dizer, o fator decisivo na construção era a *"função da subjectividade do intérprete"* (NEVES, 1971, p. 421), nela se assentando o problema da discricionariedade, marca de todos os positivismos, embora aqui, de forma embrionária. Apesar das diferenças, portanto, há elementos comuns nos dois positivismos, quais sejam, o método subsuntivo (fundado na lei ou no conceito) e a discricionariedade. Nessa linha, pode-se dizer, com Lenio Streck (2009), que justamente da "brecha", decorrente da constatação de que a lei não cobre tudo, que a faticidade apresenta problemas que nem sempre foram esboçados pelo *legislador racional* (que, com uma discricionariedade política, cria o conteúdo da lei), o positivismo exegético e o positivismo científico acabaram por deixar a cargo da discricionariedade do *juiz intérprete racional* o poder de preencher, de forma ilimitada, os vácuos deixados pelo legislador.

Esses elementos persistiram, de forma muito mais sofisticada, nas experiências positivistas futuras, como é o caso de positivismo de Kelsen e Herbert Hart. O germe dessas concepções, no entanto, já se fazia presente em diferentes experiências jurídicas, o que permite dizer que o positivismo não se caracteriza por um apego à literalidade dos textos legais, como se costuma pensar. Muito pelo contrário, a história do positivismo mostra que a discricionariedade, o método subsuntivo e a figura da autoridade que põe o Direito são marcas muito mais constantes nos diferentes positivismos.

REFERÊNCIAS

ANCHIETA, Natascha. **Civil Law e Common Law: Aspectos Históricos.** Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11929>. Acesso em: 04 abr. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2016.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico:** Lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Moura; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRAGA, Rogério Piccino. NEME, Sérgio Aziz Ferrareto. **Súmulas vinculantes:** um retorno à jurisprudência dos conceitos? Filosofia do Direito I. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, 2015, Belo Horizonte. In: AYUDA, Fernando Galindo. ROCHA, Leonel Severo. Cardoso, Renato César (coord). **Anais...** Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/2p7e8wdv/n7ttthqK7NugP9Rp.pdf>. Acesso em: 16 de mai. 16, às 23h57min.

CAENEGEM, R.C. van. **Juízes, legisladores e professores:** capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985. Tradução de Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henrique Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade.** 2.ed.rev e atual; Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2007.

HECK, Philipp. **El problema de la creacion del derecho**. Barcelona: Ediciones Ariel, S.A, s/d.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** Tradução de José Lamego. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. 3 reimpr. São Paulo: Atlas, 2011. p. 236-237.

LOSANO. Mario G. **Sistema e estrutura no direito,** das origens à escola histórica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo. WMF Martins Fontes, 2008. v. 1.

MERRYMAN, John Henry; PERDOMO, Rogélio Pérez-. **A tradição jurídica da Civil Law:** uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

NETO, Eugênio Facchini. HAEBERLIN, Mártin P. **O "estilo" jurídico alemão** – breves considerações sobre alguns dos seus fatores determinantes. Disponível em <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/227/163>. Acesso em: 17 mai. 16, às 02h24min

NEVES, António Castanheira. **Interpretação jurídica.** In: Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra editora, 1994. v. 2.

_____. **Curso de introdução ao estudo do direito.** Coimbra: J. Abrantes, 1971-72.

_____. **O princípio da legalidade criminal**. In: Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra editora, 1995. v. 1.

PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira. GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro. FILGUEIRAS, Sofia Varejão. **A importância da jurisprudência dos conceitos para a metodologia jurídica.** Disponível em <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n7/6.pdf>.

PICARDI, Nicola. **Introdução ao code louis (ordonnance civile, 1667).** Jurisdição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RAATZ, Igor. **Autonomia Privada, (De)Limitação dos Poderes do Juiz e flexibilização procedimental:** da insuficiência normativa do "princípio dispositivo" à construção compartilhada do caso concreto **(**Doutorado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopodo, RS, 2016.

_____. **Precedentes obrigatórios ou Precedentes à brasileira?** Disponível: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/58-v2-n5-maio-de-2012/192-precedentes-obrigatorios-ou-precedentes-a-brasileira>. Acesso em: 20 de ago. 2014.

_____. **Precedentes à brasileira:** uma autorização para "errar" por último? Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-03/igor-raatz-precedentes-autorizacao-errar-ultimo#sdfootnote1anc>. Acesso em: 17 de abr. 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 05 de out. 2016.

_____. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

VILLEY, Michel. Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito.** Interpretação da lei. Temas para uma reformulação**.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. v. 1.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fndação Calouste Gulekian, 2004.

WINDSCHEID, Berhnard. **Direito das Pandectas**. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/134-artigos-ago-2002/4942-direito-das-pandectas>. Acesso em: 16 mai. 16, às 23h19min.

AUTOPOIESE NO DIREITO E A FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA NIKLAS LUHMANN

Pedro Ernesto Neubarth Jung [1]
Bruno de Lima Silva[2]

INTRODUÇÃO

A necessidade de vivermos em sociedade, bem como, a de criar-se uma forma de auto-organização dessa são características da natureza humana, percebe-se tal fato ao analisar a evolução da sociedade ao longo da história.

Noutra senda, têm-se que, com tal evolução, as relações sociais e o Direito sofreram profundas modificações. Assim, um dos principais observadores modernos responsável pela explicação dessas modificações, fenômenos e dinâmicas sociais foi o sociólogo Niklas Luhmann, através de sua Teoria Sistêmica.

Objetiva-se, assim, através do presente capítulo e amparado nesse estudioso, realizar um singelo estudo a respeito da Autopoiese no Direito, bem como, sobre a função desempenhada pelo Poder Judiciário na Teoria Luhmanniana, almejando-se, ainda, observar e descrever como esse último é disposto e organizado. Para tanto, adianta-se aos presentes leitores que o presente texto não busca exaurir a temática, uma vez que, trata-se esse de um assunto altamente complexo.

Todavia, efetuaremos uma análise metodológica dívida em três pontos, quais sejam a Autopoiese e o Direito, a estruturação do judiciário e o Poder Judiciário em Luhmann, autor esses que, inclusive, será o principal aporte bibliográfico utilizado, pois, como anteriormente já relatado, contribuiu de forma significativamente para os estudos das relações sociais e jurídicas ao longo do Século XX.

Por fim, insta ressaltar que será utilizado o método de abordagem indutivo no presente capítulo, atrelado às técnicas qualitativas de pesquisa, que auxiliaram na realização das consultas a legislação e doutrina, acrescendo-se, ainda, a prática de revisão bibliográfica.

AUTOPOIESE E O DIREITO

O sociólogo alemão Niklas Luhmann, desenvolveu uma das mais importantes teorias para explicar a dinâmica social e jurídica das relações humanas, a qual é denominada Teoria Autopoiética ou Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiética. Essa teoria, explica que os seres vivos são formados por subsistemas fechados e autônomos, os quais sofrem irritações do ambiente externo. Cada subsistema interpreta e reage de forma diferente aos tipos de alterações, essas alterações, por conseguinte, são interpretadas conforme a linguagem própria de cada subsistema. Assim, de acordo com Luhmann (2011) os denominados sistemas sociais surgem através dos limites definidos em

[1] Mestrando em Direito pela Unisinos. E-mail: pedroneubarth@gmail.com.
[2] Graduando em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: brunolima.ambiental@gmail.com.

relação aos demais sistemas, ou seja, os limites dos sistemas são as linhas de separação entre um sistema e outro com o ambiente externo. Sendo que o sentido é à base do sistema humano, onde os seres humanos buscam uma forma de organização e estratégia de seleção, emergindo nesse contexto a comunicação, que por sua vez, é oriunda do pensamento humano e da constante troca de informação entre os seres humanos, assim, ocorre à irritação ou modificação dos subsistemas sociais, os quais absorvem essas modificações e se reestruturam.

O próprio Niklas Luhmann (2011, p. 92), assim, destaca:

> O sistema (comunicação) pode se distinguir em relação ao seu meio: a operação realizada pelo sistema (operação de comunicação) efetua uma diferença, na medida em que uma operação se articula e se prende à outra de seu mesmo tipo, e vai excluindo todo o resto. Fora do sistema, no meio, acontecem outras coisas simultaneamente; e elas sucedem em um mundo que só tem significado para o sistema no momento em que ele possa conectar esses acontecimentos à comunicação.

José Adércio Leite Sampaio (2004) destaca, ainda, que Luhmann dedicou-se a entender a dinâmica social, sendo possível verificar, ainda, em suas palavras, que o subsistema do Direito emergiu como um elemento de controle, tanto de cunho estatal como social. O Direito externalizaria as expectativas da sociedade moderna, frente à impossibilidade de uma única moral comum, sendo assim possível manter a ordem e coesão social. O Direito opera, portanto, de forma fechada, entretanto, atua de forma normativa, possibilitando a sua abertura para denominadas irritações, as quais serão interpretadas e assimiladas. Permiti-se, assim, uma transformação estrutural dele mesmo, pautada na redução da complexidade existente, o que o torna autônomo em relação aos demais subsistemas (LUHMANN, 2011). Nesse sentido, Jeam Clam nos ensina a respeito da Autopiese no Direito que:

> [...] não é um dado bruto ou um processo em terceira pessoa, no qual essa pessoa tem um lugar factual e o Direito é o objeto. Um sistema não pode se tornar autopoiético exceto se for capaz de organizar, por si mesmo, sua autorreferência, ou seja, de se observar de maneira autorrefencial. A autopoiese pressupõe uma certa medida de *auto-observação*, um relato de si, que não vive no imediatismo do relato de primeira observação, mas se constrói como uma operação uma operação de segundo grau pela qual a primeira operação (no caso específico, um ato jurídico) é observada em sua maneira de observar. Ou seja, para ser considerado autopoético, o sistema tem de colocar uma distinção, de estruturar a realidade e de construir o objeto jurídico. Por outro lado, a primeira diferenciação de um sistema jurídico pressupõe uma capacidade de reconhecimento de si próprio, do sistema e da manutenção de sua unidade. Esse reconhecimento toma a forma de uma *dogmática jurídica*. Essa dogmática é o órgão da observação do sistema jurídico por si mesmo, no quadro de sua própria referência (ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2013, p. 108 e 109).

Todavia, a que se destacar que, em que pese Luhmann tenha utilizado o conceito de Autopoiese em sua Teoria, Maturana e Varela foram os primeiros estudiosos a utilizarem, contemporaneamente, com êxito, a respectiva ideia (ROCHA, 2011). Maturana e Varela partem da ideia de que a Autopoiese, ou Autorreprodução, inicia-se na "organização" e "estruturação", sendo que a primeira é a relação que se dá entre os componentes de algo, de maneira a ser reconhecida

uma classe especifica, já a segunda são os "componentes e as relações que concretamente constituem uma unidade particular realizando sua organização" (ROCHA, 2011, p. 203).

Há, ainda, na Autopoiese a ideia do "observador" que, para Maturana e Varela, pode ser considerado uma pessoa, alguém capaz de fazer distinções, isto é, um ser vivo que somente permanece vivo enquanto sua estrutura continuar a realizar trocas internas a sua organização, vindo a morrer caso essas trocas não sejam mais realizadas. Numa "última análise, 'sistemas vivos' [...] são sistemas autopoiéticos" (ROCHA, 2011, p. 205 e 206), pois, "la organización de un sistema autopoiético es la organización autopoiética. Un sistema autopoiético que existe en el espacio físico es un sistema vivo" (*apud* MATURANA ROMESÍN, 1997, p. 232).

Assim prosseguindo, para que seja possível a realização de tal autorreferência, far-se-á necessária a pradoxologização do sistema, isto é, o descarte da operacionalização tautológica, o desconhecimento do próprio Direito, na busca pela aplicação de um novo Direito, o qual rapidamente confronta-os, reforçando o Direito (ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2013). Leonel Severo Rocha (ROCHA; KING; SCHWARTZ, 2009, p. 20) doutrina, ainda, que os "sistemas autopoiéticos são sistemas que conseguem partir da criação de um espaço próprio de sentido e se autorreproduzirem a partir de um *código* e de uma *programação* própria".

Tais observações podem, assim, ser realizadas, também, através de uma ótica jurídica, a qual para Gunther Teubner (1993, p. 02) "determina-se a ela mesma por auto-referência, baseando-se na sua própria positividade", bem como, "é feita de um grande número de relações circulares. Os elementos componentes do sistema jurídico – ações, normas, processos, identidade, realidade jurídica – constituem-se a si mesmos de forma circular" (TEUBNER, 1993, p. 19).

Leonel Severo Rocha, Michael King e Germano Schwartz (2009, p. 86) constatam, ainda, a respeito da mesma que:

> Comunicações jurídicas ocorrem quando as pessoas se expressam, em termos de legalidade/ilegalidade, legal/ilegal, e sempre que os seus atos de comunicação se dirijam a propositura da ação ou sua contestação. O direito, no entanto, trata obviamente de comunicações sobre regras e sua aplicação a eventos no mundo social. Não cria e não pode criar, receber ou produzir comunicações não legais sobre, por exemplo, a política econômica do país, o tratamento médico, os valores morais ou a vida em família. Produz, todavia, comunicações jurídicas paralelas sobre todas estas questões, e, através dessa produção, as transforma em declarações jurídicas.

Destaca-se, nesse todo, o conflito existente entre a função e a positivação do Direito, que consome suas próprias normas e é a projeção do subsistema do Direito no futuro (ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2013). Jeam Clam (ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2013, p. 115) doutrina, ainda, a respeito desse conflito que "só um *retorno sobre a autopoiese* – e uma aceitação de seus limites – pode restituir o Direito à sua função", que é de forma singela propiciar a segurança, da continuidade na mudança, através de uma ligação com o passado.

Nessa senda, cabe aduzir, por fim, o fato de serem os tribunais o coração do subsistema do Direito (ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2013), motivo esse que levou a realização da presente pesquisa e a escolha do respectivo tema para a realização do presente estudo, o qual abordará no capítulo seguinte a estruturação do judiciário, seus tribunais e membros da organização.

A ESTRUTURAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O homem necessita viver em sociedade, tal assertiva por si só já se restou demonstrada ao longo da história humana. Desse modo, faz-se necessário uma forma de organização e controle social. Diante desses fatos é que emergiram os direitos individuais e coletivos, a fim de limitar-se a atividade estatal (vertical) e humana (horizontal). Nesse contexto, por conseguinte, nasceu à figura do Estado, que evolui em face das mudanças sociais, fatores políticos e eventos históricos, que subsequentemente levou a criação do que chamamos de ordenamento jurídico (TEIXEIRA; DE MÉLLO CARDOSO, 2016).

Ives Gandra da Silva Martins (1998, p. 14) afirma, assim, que o Estado adota a seguinte posição frente às mudanças sociais:

> [...] o perfil do estado futuro está em plena mudança. Do Estado Clássico, surgido do constitucionalismo moderno, após as Revoluções Americana e Francesa, para o Estado Plurinacional, que adentrará o século XXI, há um abismo profundo. As categorias jurídicas que hoje o conformam, diferem em muito daquelas que o plasmaram nos séculos XIX e XX, o mesmo se dizendo da conformação social, das funções políticas e administrativas e da concepção filosófica da individualidade, de tal forma que um choque permanente se faz entre cada indivíduo que vive em sociedade e a própria estrutura política desta sociedade, que impõe restrições para convivência possível.

Compreende-se, portanto, que tanto o Poder Judiciário, quanto os demais Poderes, sofreram profundas transformações ao longo da história, sendo que uma das mais importantes, para o subsistema jurídico brasileiro, foi a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que tornou, por exemplo, o judiciário protetor da ordem jurídica positivada nas leis da república e guardião dos direitos e das garantias outorgados, pela nação politicamente organizada. Os cidadãos, nessa senda, receberam, igualmente, um papel de grande importância, qual seja, o de fiscalizar as atividades dos agentes públicos, o que inclui, também, os juízes, desembargadores e ministros, bem como, todos os demais agentes públicos a serviço desse poder. Diante desse momento temporal, a sociedade passou a cobrar mais, desses, uma posição/conduta de paz social, equilíbrio e coerência comportamental, o que abarca aos princípios éticos, morais e de justiça, essenciais ao Poder Judiciário. Todavia, o Brasil se encontra vivendo um momento de renovação e (re)organização do Estado Democrático de Direito, mudança essa necessário para os tempos vindouros e, também, às novas exigências sociais (DE CARVALHO; NÓBREGA, 2016).

Não obstante, é imprescindível destacar-se, sob uma ótica Montesquiana, que incumbe ao "Poder Judiciário ser o tirano de todos os poderes, aquele capaz de, ao ser aludido, impor pavor a todos os cidadãos, e que só deveria ser provocado em necessidades especiais e em momentos específicos" (JUNG; FREITAS, 2015, p. 16). Alexandre de Morais (2008, p. 495), entretanto, esclarece a temática Poder Judiciário, aduzindo que "não se consegue conceituar um verdadeiro Estado Democrático de Direto sem a existência de um Poder Judiciário, autônomo e independente, capaz de exerça a função de guardião das leis".

Uadi Lemmêgo Bulos (2008, p. 1049), ainda, conceitua a respeito do mesmo que:

> O Judiciário, nos moldes do texto de 1988, é um poder autônomo, de enorme significado no panorama constitucional das liberdades públicas. Sua independência e imparcialidade, asseguradas constitucionalmente, são uma garantia dos cidadãos, porque ao Judiciário incumbe consolidar princípios supremos e direitos fundamentais, imprescindíveis à certeza e a segurança das relações jurídicas.

Nessa senda, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é clara ao estabelecer, em seu Art. 92, incisos I ao VII, os órgãos que compõe o judiciário brasileiro, como sendo:

> I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016) III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (BRASIL, 1998)

O jurista Eduardo Néstor de Lázzari (2008, p. 400) explana, em face da composição dos Tribunais Superiores e a seu respeito, de forma magistral que:

> [...] la función común de los Tribunales Superiores es velar por el respeto de las mandas constitucionales de sus respectivos sistemas, y una de dichas mandas resulta del hecho de que lãs sentencias que emanen de los jueces hayan sido [...] fundadas, pues constituye garantia de los derechos de lãs partes la obligación judicial de fundar la sentencia, de modo que se perciba claramente el curso lógico y jurídico del que deriva la resolucion final, pues las deficiências de los fallos puedem obstar la interposición de los recursos pertinentes y el control de su legalidad.

Destarte, destaca-se que se trata o Supremo Tribunal Federal da principal Corte Superior da República Federativa do Brasil, possuindo como funções as elencadas nos Arts. 101 a 103-B da Carta Magna, sendo esse, ainda, o nomeado como guardião dessa (JUNG; FREITAS, 2015).

Ives Gandra da Silva Martins (1999), noutra senda, esclarece que o Superior Tribunal de Justiça surgiu devido à transformação do Tribunal Federal de Recursos em uma Corte Superior, tornando-se esse um órgão máximo da justiça comum brasileira, tanto no âmbito Estadual, quanto no Federal, recebendo um lugar ao lado do Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar.

De acordo com Uadi Lamêgo Bulos (2008), o Poder Judiciário Brasileiro possui, além disso, funções típicas e atípicas, podendo destacar-se como funções típicas o fato desse aplicar a jurisdição, ou seja, dirimir conflitos de interesses, aplicando a lei no caso em concreto; já por funções atípicas, a função legislativa que é desempenhada quando esse elabora normas gerais de funcionamento interno, isto é, em outras palavras, "seus regimentos internos, com base nas normas processuais e nas garantias individuais das partes, dispondo acerca da competência e do funcionamento de seus corpos internos" (BULOS, 2008, p. 1050). Cabe, ao mesmo tempo, destacar que esse exerce inclusive funções administrativas, como a cessão de férias aos seus servidores, concessão de licenças, realização de concursos públicos, realização de contratos, organização de seu quadro pessoal e as devidas promoções ao longo da carreira pública (BULOS, 2008).

Entretanto, a de se advertir que tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça e as demais Cortes Superiores, não podem ser vistas apenas como cortes de correção, uma vez que, não constituem terceira ou quarta instância jurisdicional. Suas atuações devem ser de unidades do direito objetivo federal ou constitucional e não de direito subjetivo das partes litigantes (CAMBI, 2016).

Enfim, diante do cenário complexo em que a sociedade contemporânea encontra-se estabelecida, em especial no que diz respeito ao judiciário brasileiro, devem-se destacar alguns pontos críticos que embora não sejam abordados nesse estudo, merecem ao menos ser apontados, são eles: as críticas ao Ativismo Judicial; a Judicialização da Política; Questões de Estrutura Organizacional; Vencimentos e Vantagens dos Membros do Judiciário; etc. Assim, estabelecida a estruturação do Poder Judiciário e levando em conta a Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiética de Niklas Luhmann, abordar-se-á no próximo item o Poder Judiciário e seu comportamento nessa mesma teoria.

O JUDICIÁRIO EM NIKLAS LUHMANN

O Poder Judiciário, através de seus Fóruns, Tribunais e Cortes Superiores, nos dias de hoje, externaliza sua função como sendo a de um poder independe e autônomo, muitas vezes até suprindo omissões dos outros sistemas, o que acaba por gerar irritações na sociedade. Noutra senda, a que se destacar "a posição dos Tribunais no sistema jurídico ser determinada preponderantemente pela distinção entre legislação e jurisdição. [...] sendo visto essa como um instrumento de autodisciplina do sistema jurídico" (LUHMANN, 1990, p. 150).

Compreende-se, por conseguinte, em Luhmann, que o judiciário é um poder não subordinado às agendas dos outros poderes, isto é, trata-se de um poder vinculado, única, exclusivamente e diretamente, ao Texto Constitucional, que impõem limites aos interesses dos demais poderes, através de sua independência e liberdade institucional (LARANJA; ADEADATO, 2016).

Niklas Luhmann (1990, p. 161) além do mais, nos ensina a respeito do judiciário que:

> Talvez possamos tomar como ponto de partida o fato não-questionado de que só o sistema jurídico coage os Tribunais à decisão, por conseguinte nem o legislador nem as partes privadas contratantes o fazem. Com base nessa regra, os Tribunais constituem o centro do sistema jurídico. Tudo mais, inclusive a legislação, representa a periferia. Embora a lei possa coagir a organização administrativa do sistema político a decisões sobre requerimentos e, por conseguinte, à fundamentação de uma coação legal para a decisão, isso não passa de uma obrigação legal para a ação, similar à obrigação para uma declaração testemunhal e sujeita ao controle e à sanção por parte do Tribunal. Em última instância toda e qualquer coação legal para a decisão se resume na proibição da recusa da prestação jurisdicional (*Verbot der Justizverweigerung*).

Percebe-se, certa transformação por parte do Poder Judiciário a positividade, a qual por muito tempo foi característica fundamental do subsistema do Direito, assim, para Fernando Rister de Sousa Lima (2009, p. 46) a positividade começa a ser "[...] substituída pela

autodeterminabilidade, fechamento operacional e autorreferência do sistema jurídico". Nesse contexto, identifica-se que a complexidade atual do entroncamento social, onde as normas jurídicas não acompanham os fatos, age como a evolução social que ocorre paralelamente a evolução do Direito. Isso leva os cidadãos a uma incerteza antecipada sobre o resultado (decisão) dos conflitos, o que faz com que até o Poder Judiciário tenha estas certezas quanto aos problemas serem decididos com base no subsistema jurídico (LIMA, 2009).

Assim, para se esclarecer melhor a temática aqui exposta, insta destacarem-se as palavras de Willis Santiago Guerra Filho (2014, p. 26) quanto ao Poder Judiciário:

> Há uma organização (jurídica) produzindo os elementos (atos jurídicos, normas jurídicas) de sua estrutura (jurídica), pelas relações que se estabelecem entre eles, formando unidades (as "leis federais" de um país, as normas de direito privado etc).. O sistema (jurídico) é autopoiético e diferenciado de outros, pois estabelece conexões que conferem sentido (jurídico) a condutas referidas, assim, umas às outras e delimitadas, no sistema, em relação ao ambiente. Para que o Direito tenha chegado a se constituir como sistema autopoiético foi de essencial importância a formação de determinadas unidades, às quais, de um modo geral, pode-se denominar "procedimentais".

Nesse contexto e de acordo com Anselmo Laghi Laranja e João Maurício Adeodato (2016, p.456) entende-se que no subsistema de procedimentos e regras, as pessoas "terão a certeza de que a resposta ao seu conflito não será política, econômica ou moral, mas jurídica, criada pelo Direito, pois, é justamente isso que a autorreprodução garante, um direito que cria o próprio direito".

Luhmann, ainda acentua tais fenômenos, aduzindo que:

> Os tribunais reconstroem o passado no formato do caso que se faz presente. Só se levará em conta o que for necessário para a decisão do caso, e nada mais. Para a delimitação da necessidade de informação vem em socorro o direito vigente. Esse direito é pressuposto como dado; portanto, como produto do passado. O conceito ideal, pelo qual se poderia deduzir também a decisão do caso, significaria, para a prática, pautar-se apenas pelo passado, deixado o futuro para a possibilidade/impossibilidade lógica. Poder-se-ia calcular o futuro, e desse modo não seria preciso nem mesmo decidir. Sabe-se que isso não é possível. De fato, os tribunais veem-se obrigados a projetar o futuro. Isso ocorre no esboço das regras de decisão, às quais o tribunal se aterá em casos futuros do mesmo tipo (LUHMANN, 2016, p. 435).

Nessa senda, destaca-se o fato de haverem juristas e não juristas que persistem em afirmar ser a Lei a base de todas as decisões judicias, (LUHMANN, 2016) todavia, Niklas Luhmann nos ensina que os "tribunais interpretam num sentido diferente, de maneira argumentativa: para demonstrar a *ratio* de sua própria decisão" (LUHMANN, 2016, p. 437), isso faz, por conseguinte, com que estudiosos e acadêmicos do Direito desenvolvam os seus estudos com enfoco na reconstrução das decisões corretamente tomadas pelos tribunais e não na ciência da legislação, como anteriormente já exposto (LUHMANN, 2016).

Por fim, como basilarmente exposto, reitera-se que não se pretende aqui realizar uma análise exauriente sobre a temática Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiética frente ao Poder Judiciário, pois, além de ser essa deveras complexa, temos como os desígnios aqui ansiados apenas

os catequizantes, como por exemplo: o fato de ser Poder Judiciário parte fulcral do subsistema do Direito; e, também, a sua capacidade de gerar irritações aos demais subsistemas através das suas decisões paradoxais e desparadoxixantes ao próprio subsistema jurídico num todo. Finalidades estas, dentre outras aqui estudadas que nos demonstram a função do Poder Judiciário para Luhmann.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações formuladas por Luhmann ao longo de sua Teoria Sistêmica são de suma importância, pois, proporcionam uma análise dinâmica e complexa sobre as relações sociais, aproximando, inclusive, outros sistemas sociais das ciências jurídicas, isto é, do subsistema do Direito, que tem como coração os tribunais.

Diante dessa constatação, se convêm reiterar o fato de que na sociedade contemporânea o Poder Judiciário destaca-se por alguns pontos que são constantemente frutos de crítica e questionamento. Todavia, tem-se como precípua suas funções, uma vez que, é esse responsável pela efetivação do Estado Democrático de Direito e, também, pela aplicação das normas constituições. Tais fatos, contudo, não seriam é tão pouco são os únicos, uma vez que, para NIklas Luhmann, com já exposto, trata-se esse de uma temática complexa que deverá ser observada e reobservada, mais e mais vezes, bem como, melhor estudada, diante da riqueza dados que podem, ainda, ser levantados, bem como, comentários realizados sobre a temática *função do Poder Judiciário na Teoria Sistêmica de Luhmann*.

REFERÊNCIAS

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. OS LIMITES FUNCIONAIS DO PODER JUDICIÁRIO NA TEORIA SISTÊMICA E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais,** Vitória, n. 7, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://sisbib.fdv.br/index.php/direitosegarantias/article/view/80/76>. Acesso em: 05 mar. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 mar. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do judiciário. São Paulo: Almedina, 2016.

DE CARVALHO, Josemary M. Freire Rodrigues; NÓBREGA, Paula Maria. A ETICIDADE E SUA APLICAÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO. **Revista Campo do Saber,** Paraíba, v. 1, n. 2, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://periodicos.iesp.edu.br/index.php/campodosaber/article/view/15/15>. Acesso em: 05 mar. 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE DE DIREITO NA TEORIA DE SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOSO. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito,** Porto Alegre, v. 1, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/24/20>. Acesso em: 05 mar. 2017.

JUNG, Pedro Ernesto Neubarth; FREITAS, Frederico Loureiro de Carvalho. O Papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. IN: WEYERMÜLLER, André Rafael; HUPFFER, Haide Maria. **Direito 10.** Novo Hamburgo: Editora Feevale, 2015. Disponível em: <http://www.feevale.br/institucional/editora-feevale/direito-10>. Acesso em: 10 jun. 2017.

LARANJA, Anselmo Laghi; ADEODATO, João Maurício. DIREITO E MORAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL: AUTONOMIA JURÍDICA NA TEORIA SISTÊMICA DE NIKLAS LUHMANN. **Espaço Jurídico: Journal of Law [EJJL],** Joaçaba, v. 17, n. 2, 2016. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/9638/pdf>. Acesso em: 05 mar. 2017.

LÁZZARI, Eduardo Néstor de. Misión de los tribunales supremos nacionales: El imperativo constitucional de fundas las sentencias. IN: BERIZONCE, Robero Omar; HITTERS, Juan Carlos; OTEIZA, Eduardo (Coord).. **El papel de los tribunales superiores (2ª parte).** 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do Direito:** o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2009.

LUHMANN, Niklas. A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS NO SISTEMA JURÍDICO. **Revista da AJURIS,** Porto Alegre, n. 49, jul. 1990. Traduzido por Peter Naumann. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/5b5af/5bb67/5bb68?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>. Acesso em: 13 nov. 2014.

LUHMANN, Niklas. **Introdução a Teoria dos Sistemas.** Petrópolis: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade.** Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ESTRUTURA JUDICIÁRIA BRASILEIRA. **Revista Jurídica Virtual,** Brasília, v. 1, n. 5, set. 1999. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1072/1055>. Acesso em: 05 mar. 2017.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Estado do Futuro.** São Paulo: Pioneira, 1998.

MATURANA ROMESÍN, Humberto. **La Realidad:** ¿Objetiva o construida? Vol. I – Fundamentos biológicos de la realidad. México: Universidad Iberoamericana/Iteso, 1997a.

MATURANA ROMESÍN, Humberto. **La Realidad:** ¿Objetiva o construida? Vol. II – Fundamentos biológicos del conocimiento. México: Universidad Iberoamericana/Iteso, 1997b.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ROCHA, Leonel Severo. Teoria do Direito no Século XXI: Da semiótica à autopoiese. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 32, n. 62, jul. 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n62p193>. Acesso em: 01 jul. 2017.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TEIXEIRA, Vânia Cristina; DE MÉLLO CARDOSO, Sônia Letícia. ANÁLISE AO ESTADO FUTURO: globalização e tecnologia. **Revista de Estudos Jurídicos,** Maringá, v. 2, n. 25, jul./nov. 2015. Disponível em: <http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/view/5/18>. Acesso em: 05 mar. 2017.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético.** Lisboa: Calouste Gulbekian, 1993.

A NECESSIDADE DE UMA NOVA CONDUTA HERMENÊUTICA DIANTE DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Clara Franciele Cechinel de Oliveira Schmitt[1]
Henrique Alexander Grazzi Keske[2]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Buscou-se adentrar no âmbito da hermenêutica constitucional, utilizando-se da hermenêutica filosófica como disciplina auxiliar na construção de um entendimento crítico do Direito. A hermenêutica filosófica possibilita que o operador do direito tenha a hermenêutica não como apenas um método, mas algo além, alcançando, assim, uma melhor aplicabilidade das Leis e, consequentemente, atingindo uma maior efetividade.

O tema principal é a Hermenêutica Jurídica e o Direito Constitucional, sendo delimitado na visualização da necessidade de uma nova conduta hermenêutica diante do Constitucionalismo Contemporâneo. Os problemas se encontram na possibilidade de aplicar a hermenêutica filosófica ao direito, na especificidade da hermenêutica constitucional e como os Tribunais se utilizam da hermenêutica para proferirem as suas decisões. Em função da especificidade das normas constitucionais e a sua soberania, ao analisar constitucionalmente uma questão, a hermenêutica utilizada se difere, pois possui um caráter ético-filosófico e princípios próprios, enquanto os tribunais utilizam da hermenêutica para definir os direitos previstos na Constituição e, assim, garantir a aplicação da lei.

A justificativa se encontra na complicada tessitura hermenêutica atual. Após a segunda guerra mundial e dos diversos danos causados a humanidade, resolveu-se resguardar os direitos humanos a fim de assegurar que todos possuam um tratamento adequado. Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988, o operador do direito se encontrou diante de novos direitos, princípios e normas. A hermenêutica arcaica não foi capaz de suprir as necessidades impostas pela Carta Magna. Portanto, uma nova conduta hermenêutica foi desenvolvida. Ocorre que, até hoje, encontramos problemas na efetivação de direitos, sendo que a lei, muitas vezes, não alcança a sua real finalidade.

A utilização da hermenêutica como instrumento de efetivação de direitos possui especial importância quando vista em benefício à sociedade. Quando uma lei alcança a sua real finalidade a obtenção ou proteção de um direito não se limita à esfera jurídica, já que os reflexos da efetividade serão sentidos por toda a sociedade.

Por fim, utilizou-se a pesquisa explicativa e o método de abordagem hipotético-dedutivo. Empregou-se como procedimento técnico a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. Aproveitaram-se livros que tratam sobre o assunto, revistas, periódicos, artigos, além de pesquisa jurisprudencial e estudo de leis.

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. Email: clarafschmitt@gmail.com.
[2] Doutor em Filosofia pela Unisinos. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. Email: henriquek@feevale.br.

A ESPECIFIDADE DA HERMENÊUTICA APLICADA AO CONSTITUCIONALISMO. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA IMPORTÂNCIA NO DESENVOLVIMENTO CRÍTICO HERMENÊUTICO

Segundo Moraes (2014, p. 14-16), a Constituição deve sempre ser interpretada de acordo com "características históricas, políticas, ideológicas do momento", buscando-se o melhor sentido em conformidade com a situação sociopolítica-econômica, a fim de alcançar a eficácia normativa. Não obstante, devem ser visualizadas as delimitações da norma constitucional, observando-se a "razão de existência, finalidade e extensão". Destarte, ao interpretar a Constituição, deve-se levar em consideração todas as questões presentes no texto legal, analisando princípios, fazendo com que, de forma harmônica, o texto atinja suas finalidades de acordo com a realidade.

Explica Luiz Roberto Barroso (2013) que a interpretação constitucional se trata de uma modalidade da interpretação jurídica, tendo se solidificado no Brasil após a segunda guerra mundial. A Constituição, por ser o principal elemento oriundo do poder constituinte originário, é o símbolo da expressão de vontade popular, o que caracteriza a existência do Estado Democrático de Direito. Em função de objetivar a garantia dos direitos fundamentais e dos valores, bem como a observância da atuação igualitária de todos e rotatividade do poder, possui características próprias que devem ser seguidas. Quanto ao *status jurídico*, deve ser respeitada a superioridade das normas constitucionais em relação às alheias, o que estipula limites de conteúdo e de produção. Quanto à natureza da linguagem, geralmente as expressões utilizadas são vagas e amplas, com o intuito de serem facilmente difundidas e aplicadas à realidade, permitindo uma evolução do seu sentido. Quanto ao seu objeto, o autor refere que as normas objetivam "organizar o poder político" e "indicar valores e fins públicos". Ao fim, quanto ao seu caráter político, a Constituição deve assegurar a harmonia entre os poderes, prevendo o ajuste adequado dos fatos políticos no mundo jurídico, determinando os limites e possibilidades do exercício do judiciário (BARROSO, 2013).

Esclarece que a hermenêutica constitucional possui a função de auxiliar quando os textos, por si só, não são suficientes para o completo entendimento, atuando como solucionadora de problemas práticos. O autor destaca a linguisticidade, a literalidade, a objetividade, a necessidade, a contextualidade e a mutabilidade como principais características de interpretação (COELHO, 2012).

Entende Sarlet (2012) que, embora se deva declinar o fato de existir uma interpretação específica da Constituição, haja vista a integração do sistema de normas, é importante analisar que a posição ocupada pela Constituição demanda certa cautela, ainda mais quando se contempla um sistema hierárquico de normas e as funções desempenhadas pela Carta Magna. Destaca o autor que a interpretação constitucional está intimamente ligada com a solução dos problemas que envolvem o conteúdo das normas, bem como a problemática do caso concreto, sendo que, ao interpretar, estar-se-ia operando uma reflexão sobre dois mundos; o do dever ser e o do ser. A norma é o resultado da interpretação, sendo que inexiste interpretação sem aplicação, pois "a norma não resulta de uma decisão prévia, mas é aplicada no tempo e integrada na realidade pública por intermédio do ato interpretativo". Logo, cabe ao intérprete, através de princípios, métodos e técnicas, encontrar a resposta correta, sem violar a segurança jurídica (SARLET, 2012, p. 207).

Corroborando esse entendimento, Mendes e Branco (2014) ilustram que ao se interpretar a Constituição ocorrem impactos em todo o sistema de Estado, já que ela dispõe sobre questões não só políticas e ideológicas, mas também sobre as relações entre poderes e indivíduos. Não obstante, os termos são incertos e plurívocos. O Estado recebe ações, porém não há indicações sobre como estas ações devem ser realizadas. Veja-se que as Constituições modernas trazem debates políticos e morais e afetam a vida das mais diversas populações. Os autores referem que se interpreta um preceito "para dele se extrair uma norma e com vistas à solução de um problema prático". Portanto, a norma será interpretada a partir do texto, "mundo do dever ser", e a partir do caso concreto, "mundo do ser". Assim, em um primeiro momento deve ser analisada a característica linguística, para entender o sentido do texto, além da realidade fática, atuando na solução do problema concreto (MENDES e BRANCO, 2014 p. 82). Ainda, lecionam Mendes e Branco (2014) que o intérprete pode estar diante de inquietações técnicas, como ambiguidade, incoerência normativa e lacunas, as quais deverão ser solucionadas pelo uso dos princípios e dos métodos interpretativos.

Diante de tais fatos, resta evidente que o Estado Democrático de Direito que prevê a democracia, a separação dos poderes, direitos fundamentais e demais direitos e deveres que estão expressamente previstos na Constituição ingressa em um verdadeiro colapso, pois cabe ao operador do Direito interpretar questões que vão muito além do mundo jurídico. Observando-se questões filosóficas, sociológicas, econômicas, políticas e jurídicas, têm-se a Constituição adequada a sua sociedade, entretanto, enquanto ainda se vive em condições subdesenvolvidas há um conflito entre o fornecimento de direitos sociais e capacidade estatal, ocorrendo uma judicialização de questões que primeiramente eram administrativas. A hermenêutica Constitucional se vê diante de problemas de difícil solução, assim busca auxílio em métodos e princípios objetivando uma maior efetividade e respeito ao Estado. Ocorre que existem questões que não são passíveis de resultados com a simples aplicação de uma fórmula, o que demanda um maior entendimento e sensibilidade por parte do intérprete.

A CONSTRUÇÃO DO (NEO)CONSTITUCIONALISMO. ASPECTOS HISTÓRICOS, FILOSÓFICOS E TEÓRICOS

Durante a Revolução Francesa, que ocorreu no século XVIII, na Europa, assentou-se o Estado de Direito com a visualização da separação dos poderes e a proteção dos direitos individuais, conforme explica Barroso (2013, p. 265-266). Posteriormente, já no século XX, passou-se a desenhar as Constituições normativas. Desta forma, o autor destaca três modelos institucionais que foram reconhecidos com o passar do tempo: "o Estado pré-moderno, o Estado Legislativo de Direito e o Estado Constitucional de Direito". O primeiro era caracterizado por ser anterior à legalidade e, assim, ter múltiplas fontes e observar o jusnaturalismo, pautado pela tradição romanística, enquanto decisões e doutrina eram o núcleo criativo. Já o Estado Legislativo de Direito tinha como principal norte a produção estatal jurídica e o princípio da legalidade, enquanto que a doutrina era descritiva e a jurisprudência deixou de ser criativa, atuando com uma finalidade técnica, onde a natureza era positivista. Por último, o Estado Constitucional de Direito veio à tona após a

Segunda Guerra Mundial, com a ascensão de uma Constituição rígida, onde as mudanças vão muito além da jurisprudência e doutrina, com uma nova imposição de deveres e direitos (BARROSO, 2013).

Cambi (2011) refere que, sob o aspecto histórico, a Segunda Guerra Mundial possui posição de destaque na construção do constitucionalismo, haja vista que, com a queda dos regimes totalitários, verificou-se a necessidade de criar um mecanismo de defesa do cidadão, para que os direitos e garantias fundamentais fossem respeitados, de modo que as atrocidades vistas durante o período da guerra não fossem repetidas, inibindo o Estado e os detentores de poder de cometer abusos novamente. O autor denomina os direitos fundamentais como "princípios" que possuem eficácia expansiva, que podem ser vistos em uma dinâmica vertical, que envolve Estado e cidadão, mas também de forma horizontal, na esfera jurídica privada (CAMBI, 2011, p. 33).

Cunha Jr (2014, p. 35) leciona que, no século XX, desenvolveu-se um novo pensamento, baseado em "reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição, cujo conteúdo, dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito", denominado neoconstitucionalismo. Isso se deve à visualização do fracasso do Estado Legislativo de Direito diante dos fatos ocorridos na Segunda Guerra Mundial, principalmente o holocausto. Assim, passou-se a adotar uma nova teoria jurídica pautada pela dignidade da pessoa humana, o que concretizou a mudança da lei e do princípio da legalidade - atores principais no Estado Legislativo de Direito – para uma posição secundária, e, o princípio da constitucionalidade surgiu em uma posição de destaque, com a autenticação da força normativa da Constituição.

Enquanto, na Europa, o debate constitucional ocorreu logo após a guerra - com especial destaque a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã de 1949) e a criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951-, no Brasil, apenas em 1988 houve o "renascimento do direito constitucional", conforme Barroso (2013, p. 268-269). Entretanto, considerando que até a promulgação da Constituição, o país se encontrava diante de um regime ditatorial, a passagem para um Estado Democrático de Direito foi bem-sucedida e o país vem atravessando o lapso temporal mais extenso de estabilidade institucional, o que surpreende, considerando que ocorreram diversos fatos, como, por exemplo, o *impeachment* de dois presidentes. Em menos de uma geração, se viu a superação da indiferença quanto à Constituição e a celebração do surgimento de um novo sentimento constitucional, com o prestígio à legalidade constitucional.

Quanto ao aspecto filosófico, diante dos paradigmas opostos, porém complementares, entre o jusnaturalismo e o positivismo, surge o pós-positivismo. Barroso (2013) expõe que o jusnaturalismo moderno aproximou a lei da razão, servindo como base para revoluções liberais e chegando ao auge com a codificação das leis. Porém, no final do século XIX, o positivismo com sua objetividade científica e equiparação do Direito à lei, afastou o jusnaturalismo, considerado metafísico e anticientífico, e, consequentemente o debate filosófico da esfera jurídica. Ocorre que, ante a consumação de crueldades, durante a Segunda Guerra Mundial, sob o amparo do princípio da legalidade, verificou-se a necessidade de uma aproximação da lei a valores éticos e morais. Porém, com a propagação do discurso científico, não era mais possível retornar ao simples jusnaturalismo. Assim, surge a terceira via de pensamento, o pós-positivismo, resultado de uma construção do conhecimento, em que o direito não deve ser visto de forma isolada e, sim, em

conjunto com a moral e a política (BARROSO, 2013). Ainda de acordo com Barroso (2013, p. 271-272):

> A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética.

Importante analisar, também, a constitucionalização dos direitos humanos e seu impacto no novo Direito Constitucional. Cambi (2011, p. 59-60) refere que se iniciou um "novo método de compreensão do direito", em meados de 1950. Com o desenvolvimento de uma nova sociedade, culturalmente complexa e diversificada, visualizou-se um novo quadro de instabilidade e insegurança. Destarte, o Direito acabou submerso no "contexto da epistemologia da complexidade", o que culminou em uma aceitação política de culturas e discursos diferenciados. Com a Segunda Guerra Mundial, a Constituição passou a ter um papel de extrema importância, desencadeando a "constitucionalização dos direitos infraconstitucionais", já que o legislador optou por resguardar uma gama de direitos, vinculando o juiz e modificando toda a ordem jurídica (CAMBI, 2011, p. 60).

Os direitos humanos podem ser visualizados também como direitos infraconstitucionais. Nesta senda, é consabido que os direitos fundamentais se tratam dos direitos humanos previstos nas Constituições, enquanto os direitos humanos estariam positivados em tratados nas legislações internacionais. Cunha Jr (2014) explicita que os direitos fundamentais, apesar de confirmarem o direito natural, não se esgotam no jusnaturalismo, indo além e, muitas vezes, exprimindo uma vontade do legislador em estabelecer determinados valores como bens jurídicos protegidos. Um critério basilar e universal, que pode ser utilizado para identificar os direitos humanos ou direitos fundamentais, é o princípio da dignidade humana, entretanto ele não é exclusivo, haja vista que há direitos também reconhecidos às pessoas jurídicas e outros princípios básicos. Porém, é o princípio da dignidade humana que atua como núcleo essencial (CUNHA JR, 2014).

Em função de ser um princípio aberto e vago, acaba sendo utilizado das mais amplas formas, fazendo com que operadores do direito o interpretem da forma que mais os beneficia. Barroso (2016) explica que a dignidade da pessoa humana é um valor fundamental, possuindo o *status* de princípio, constituindo boa parte do conteúdo dos direitos fundamentais. Os princípios podem atuar como fonte direta de direito e deveres, quando, a partir do seu conteúdo, é possível depreender direitos ou deveres que podem incidir sob um caso concreto, ou podem atuar como interpretativos, nas hipóteses em que delimitarão o sentido e o alcance dos direitos, bem como solucionarão os típicos problemas interpretativos, como, por exemplo, na existência de lacunas, ambiguidades e colisões.

De outra banda, Rivabem (2016) refere que a dignidade da pessoa humana "confere racionalidade ao ordenamento jurídico e fornece ao intérprete uma pauta valorativa essencial ao correto entendimento e aplicação da norma". A sua vagueza e generalidade possibilita que seja atemporal, permitindo uma aplicação diversificada e é requisito constitucional essencial de qualquer Estado Democrático de Direito, sendo que a sua correta aplicação e interpretação permite a concretização de diversos valores, direitos e garantias fundamentais.

Barroso (2013) leciona que é essencial para a revelação do conteúdo jurídico da dignidade humana que o intérprete afaste o senso comum e seus pensamentos íntimos e ideológicos. Portanto, essencial para a construção do conteúdo mínimo da dignidade é a observância da laicidade, neutralidade política e a universalidade. Assim, há uma valorização da autonomia, do valor comunitário e do valor intrínseco do indivíduo. No plano filosófico, Barroso (2013) elucida que o valor intrínseco implica no reconhecimento do ser, que se distingue de um mero objeto, haja vista que possui sentimentos, inteligência e capacidade de se comunicar. Ademais, é cristalino que o ser possui dignidade, o que é inestimável, diferente da coisa, que possui preço. Destarte, evidente o postulado kantiano "do homem como um fim em si mesmo", bem como o sentido antiautoritário, considerando que o Estado é feito para servir ao homem e não o oposto. No plano jurídico, isso implica na existência de diversos direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à vida (BARROSO, 2013, p. 275).

Quanto à autonomia, Barroso (2013, p. 276) esclarece que, no plano filosófico, é "o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade em conformidade com determinadas normas". Portanto, a autonomia permite que o indivíduo opte por qual caminho seguir. O ser pode construir a sua personalidade, fazendo as escolhas morais, religiosas, afetivas, profissionais e dentre outras, conforme o que achar mais adequado, sem que a sua dignidade seja violada. No plano jurídico, destaca-se a autonomia privada, a autonomia pública e o mínimo existencial. Enquanto isso, o valor comunitário se refere à vida do ser em comunidade, o "ideal de vida boa". Apesar da autonomia individual ser importante, ela não é absoluta e o cidadão deve observar os seus direitos e deveres oriundos da vida em conjunto. Nesse aspecto, a dignidade deve consagrar a proteção dos direitos de terceiros, a proteção do indivíduo contra si próprio e a proteção de valores sociais.

Junto à dignidade da pessoa humana, o princípio da proporcionalidade foi redescoberto como peça fundamental para a construção de um Estado Democrático de Direito. Ele determina que todos estão submetidos a uma regra fundamental, existindo uma relação triangular entre fim, meio e situação. Atua, principalmente, no ramo dos direitos fundamentais, de modo que auxilia na sua atualização e efetivação. Garante, essencialmente, a liberdade, trazendo também critérios de limitação da liberdade individual e aproximando à justiça do caso concreto. Com a sua introdução, houve a limitação dos cerceamentos aos direitos fundamentais, interligando o legislador à Constituição (BONAVIDES, 2015). Ademais, o princípio atua de forma interpretativa, solucionando os casos de colisão de direitos.

Findo o aspecto filosófico, visualiza-se que o marco teórico, de acordo com Barroso (2013, p. 284-285), é dividido em três mudanças primordiais: "o reconhecimento de força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional". A primeira mudança acarretou na superação do pensamento de

que a Constituição era um documento eminentemente político, com o judiciário possuindo pouca ou nenhuma atuação. Com o advento da Segunda Guerra, inicialmente na Alemanha, entendeu-se a necessidade de a Constituição possuir normas imperativas, de característica vinculada e obrigatória. Entretanto, no Brasil, a sua normatividade apenas obteve destaque com a Constituição Federal de 1988, haja vista que as condições econômicas e políticas, em especial a ditatura, impediam os avanços nesse sentido (BARROSO, 2013).

Barroso (2013) explicita que, até 1945, o modelo de supremacia do Poder Legislativo era o vigente, porém, após esse período, houve a instauração da supremacia da Constituição. Nesta senda, houve a constitucionalização de direitos, a fim de que fossem resguardados pelo judiciário. Ocorreu a criação do controle de constitucionalidade e de tribunais constitucionais. Entretanto, no Brasil, apesar de já existir o controle de constitucionalidade, ele apenas foi aprimorado na década de 80, com a "ampliação do direito de propositura no controle concentrado" e a criação de novos mecanismos de controle (BARROSO, 2013, p. 287).

Ao fim, todas essas questões demonstradas desencadeiam o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. A observância da dignidade da pessoa humana, do princípio da proporcionalidade e da filosofia do Direito, a superação do princípio da legalidade, o fato de o jusnaturalismo e do formalismo jurídico não serem mais suficientes ao Direito contemporâneo e a evolução do pós-positivismo fazem parte da construção do neoconstitucionalismo. Assim, evidente a necessidade de uma nova conduta hermenêutica, haja vista que o intérprete se encontra diante de novos direitos e situações diferenciadas, que merecem especial atenção. A Constituição passou por diversas mudanças que não só transformaram e resguardaram direitos e deveres, como também criaram obrigações e vincularam os operadores do Direito a uma interpretação que demande a efetivação de Direitos, proporcionando aos magistrados uma liberdade maior, sem violar a separação dos poderes.

Porém, o termo neoconstitucionalismo deve ser visto com ressalvas. O professor Leni Luiz Streck (2014a, p. 45-47) refere que o termo pode ser alvo de mal-entendidos, considerando que fora importado do exterior, haja vista que o Brasil ingressou tardiamente no "novo mundo constitucional". Isso desencadeou diversos problemas no Direito brasileiro, pois o próprio neoconstitucionalismo possibilitou a corrupção da Constituição. Sob essa denominação, ao mesmo tempo que se defende o direito da efetividade, há uma problemática decorrente da ponderação de valores, da "concretização *ad hoc* da Constituição" e da intenção de constitucionalizar o ordenamento com a utilização do prefixo *neo* nas mais variadas ocasiões. Portanto, em que pese haja o entendimento de que se estaria desenvolvendo um direito justo, apenas estava ocorrendo a superação do *paleojuspositivismo*, pois o direito novo se limitou às sombras do protagonismo judicial. Ademais, o neoconstitucionalismo abre margem ao entendimento de que houve a "superação de um outro constitucionalismo". Porém, apenas estamos diante do Direito Constitucional Contemporâneo que participa de um "processo de continuidade", após a década de 40 (STRECH, 2014a).

UM NOVO COMPORTAMENTO HERMENÊUTICO PARA A CONSTRUÇÃO DE UM ENTENDIMENTO CRÍTICO DIANTE DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Com o advento de novas questões ligadas aos Direitos Humanos nas Constituições, ocorreu a superação do formalismo jurídico e, consequentemente, a eclosão de uma nova fase hermenêutica. Barroso (2013, p. 333-334) expõe que há duas convicções contemporâneas: o Direito é a materialização dos interesses de uma comunidade, de acordo com o tempo e espaço; nem toda e qualquer situação jurídica está expressamente prevista no ordenamento jurídico, cabendo ao intérprete buscar soluções, a partir de elementos externos. Num quadro onde o caso concreto não encontra recepção integral na norma jurídica, abre-se caminho para o pós-positivismo, onde as respostas estão em uma aproximação do Direito à filosofia moral, filosofia política e demais ciências sociais. Não obstante, no século XX ocorre a promoção do direito público, enquanto na segunda metade do mesmo século há a centralidade da Constituição. Isto posto, há a constatação de que "toda a interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional" (BARROSO, 2013, p. 334).

Parafraseando Streck (2014b, p. 283-285), com a consagração do Estado Democrático de Direito, a ultrapassagem do positivismo e o reconhecimento da linguagem na filosofia, a preocupação primordial dos juristas passou a ser a solução do problema concreto, a efetiva realização do Direto. Deste modo, para conceber o Direito Constitucional Contemporâneo, percebeu-se a necessidade de desenvolver uma nova teoria. Nessa tessitura houve a acepção de teorias alienígenas, onde o protagonismo dos juízes possuía destaque. O autor cita três principais posturas ou teorias adotadas: a jurisprudência dos valores, a teoria da argumentação de Robert Alexy e o realismo norte-americano (STRECK, 2014b).

Conforme Streck (2014b) a jurisprudência dos valores se desenvolveu na Alemanha, no período pós-guerra, com o objetivo de aproximar o Direito dos valores da sociedade. Influenciado por essa teoria e pela jurisprudência dos interesses, Robert Alexy apresentou a teoria da argumentação jurídica que, conforme Barroso (2013, p. 368-369), parte da concepção de que, para a construção e aplicação do Direito na solução dos casos práticos, muitas vezes a norma se mostra insuficiente, sendo necessário observar fatos, valores e escolhas.

Pelo ângulo da argumentação, há o entendimento de que o juiz participa ativamente do processo criativo da norma, sendo que as decisões devem possuir justificação moral e racional. Considerando que, no Direito, as decisões são tomadas por pessoas diferentes, casos semelhantes podem ter decisões divergentes. A argumentação busca apoio em três elementos básicos, objetivando regular a tomada de decisões. Inicialmente, a argumentação deve respeitar o ordenamento jurídico, apresentando fundamentos normativos. Em um segundo momento, deve prezar pela segurança jurídica, observando o entendimento jurisprudencial e a universalidade dos casos, mantendo a integridade do sistema. O terceiro elemento a ser respeitado é que as decisões devem estar de acordo com o caso concreto, porém sem deixar os princípios e as normas caírem no esquecimento, apresentando um "equilíbrio entre a prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (consequencialismo)", impedindo o intérprete de se perder no mundo jurídico (BARROSO, 2013, p. 369-371).

Conforme os ensinamentos de Streck (2014b, p. 285-287), o Brasil adotou as teorias da jurisprudência dos valores e da argumentação com o intuito de visualizar a Constituição como "uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores". A problemática principal reside no fato de que a realidade brasileira diverge substancialmente da realidade onde essas teorias foram desenvolvidas. O que acaba ocorrendo é uma forma de utilizar a técnica da ponderação, desenvolvida principalmente por Robert Alexy, em uma desculpa para fundamentar diversos posicionamentos, onde o princípio seria uma regra e, na colisão entre dois ou mais princípios, a decisão entre um ou outro poderia ser justificada a partir da ponderação (STRECK, 2014b).

Outro ponto relevante é o plano da justificação política ou da legitimação democrática que, preocupa-se, principalmente, com a separação dos poderes e a "legitimação democrática das decisões judiciais". Destarte, abre-se caminho para o ativismo judicial e para a autocontenção (BARROSO, 2013, p. 306). O ativismo judicial trabalha com uma atuação maior por parte do judiciário, objetivando a concretização de direitos e, consequentemente, interferindo na atuação dos demais poderes. Barroso destaca (2013, p. 307) três principais aspectos do ativismo:

> (i) a aplicação direita da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador com base em critério menos rígidos que o patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Num contraponto, existe a autocontenção judicial que, apesar de não possuir uma definição precisa, basicamente consiste no "comportamento de deferência do juiz em face dos poderes políticos", conforme explica Ribeiro (2014, p. 369-371). Sendo assim, não cabe ao magistrado positivar o direito ou implementar políticas públicas, cabendo essas ações apenas aos demais poderes, e não ao judiciário. Portanto, o magistrado deveria buscar "o equilíbrio entre a criatividade excessiva e a passividade doentia".

Com a importação de teorias americanas, visualizou-se que os tribunais passaram a atuar em questões exclusivas dos poderes executivo e legislativo, sob a bandeira do ativismo. Streck (2014b) utiliza de exemplo a questão sobre o casamento homoafetivo discutida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 178. Nessa questão, o Ministério Público Federal referiu que havia uma omissão por parte do poder legislativo sobre os direitos às uniões homoafetivas, porém a própria Constituição Federal previa o casamento apenas entre homem e mulher. Indeferida, liminarmente, a petição, houve a apresentação de um novo pedido, solicitando que houvesse uma interpretação conforme a Constituição, do artigo 1.723, do Código Civil, a fim de proporcionar direitos iguais às uniões homoafetivas. Enquanto o parlamento não demonstrou nenhum interesse sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal protagonizou a questão, criando direitos. Isso acaba desencadeando uma situação onde os tribunais, além de atuarem no processo criativo, legislando, também modificam a própria constituição (STRECK, 214b).

O autor explica que a ausência de teorias específicas à nossa Constituição ocasionou a formação do protagonismo judicial. Além disso, vislumbrou-se o acontecimento do

pamprincípiologismo – positivação dos valores– o que proporcionou o desenvolvimento da ideia de que é possível criar princípios, tantos quantos necessários, para a solução de casos. Não obstante, verificou-se que o ativismo possui raízes no solipsismo, o que pode ser um problema, considerando que as decisões emanam dos juízes e Tribunais. Em outra ponta, no pós-positivismo, o caso prático se aproximou do direito, momento em que, na filosofia, ocorre a superação da relação de conhecimento baseada na contraposição entre sujeito-objeto, concebendo-se a relação sujeito-sujeito (STRECK, 2014b). Nesta senda, ainda citando Streck (2014b, p. 300-302) ele destaca a discricionariedade oriunda do "poder conferido ao juiz/intérprete para escolher entre várias alternativas". Porém, duas questões ficam no ar: o que seria a discricionariedade e por que ela seria um problema? Streck (2014b, p. 324-327) compreende a discricionariedade da seguinte forma:

> [...] elemento que autoriza o aplicador a interpretar (ou tomar sua decisão) sem que haja uma responsabilidade política, uma *accountability* hermenêutica, isto é, sem que se realize uma "prestação de contas", o que tem como consequência a inobservância do dever de justificar/fundamentar constitucional e legislativamente, tornando a decisão um ato de vontade (uma manifestação solipsista). [...] Discricionariedade é delegação em favor de um poder que não tem legitimidade para se substituir ao legislador, circunstância que se agrava nos casos em que o poder discricionário pode alterar a própria Constituição. [...] A discricionariedade implica que o direito pode amparar soluções diferentes de um mesmo caso, dentre os quais o juiz escolhe a que lhe parece moralmente mais elevada ou socialmente mais útil.

Considerando a nova fase pela qual passou a sociedade, em função da instituição do Estado Democrático de Direito, evidente a necessidade de uma nova conduta de caráter hermenêutico, haja vista que se está diante de novas questões, consistentes em preencher as lacunas existentes nas regras, resolver os casos difíceis e efetivar o texto constitucional, sem cair na problemática da discricionariedade do intérprete. Questões eminentemente hermenêuticas. Sendo assim, Streck (2014, p. 408-410) defende que a discricionariedade "não será contida ou resolvida através de regras e meta-regras que cada vez contenham a "solução-prévia-das-várias-hipóteses-de-aplicação"", pois é apenas um produto do positivismo jurídico, que já fora superado.

Neste ponto, verifica-se a importância da hermenêutica filosófica como teoria auxiliar, tendo em vista que é a facticidade e "o modo prático de ser no mundo" que são o núcleo principal da atividade interpretativa. O problema na efetivação do Direito é paradigmático e se hoje o Direito ocupa um papel diferente, isso se deve ao fato das transformações ocorridas no Estado. Observa-se que a separação da moral do direito foi o auge da crise do positivismo, face o fracasso na Segunda Guerra Mundial, o que acarreta na "necessidade de colocar efetivos controles no produto final da interpretação do direito". Streck (2014c, p. 410) destaca dois objetivos principais na nova fase constitucional: a concretização de direitos e o afastamento de decisionismos e arbitrariedades interpretativas, escusando-se do paradigma representacional. Para isto, necessita-se visualizar o processo de interpretação e de aplicação como uma atividade única e alcançar a solução correta para cada caso específico.

Nesta mesma linha, Abboud, Carnio e Oliveira (2013) expõem que a primeira face da crise epistemológica é visível diante do aprisionamento dos juristas à antiga visão sujeito-objeto,

enquanto na hermenêutica filosófica já havia ocorrido a virada linguística, onde se concebeu a ideia de que é apenas através da linguagem que se é possível acessar os objetos. De outra banda, o giro linguístico demonstrou que essencial na interpretação dos textos jurídicos é a observância da facticidade da historicidade, estando o intérprete diante da pré-compreensão. Os autores destacam que a "segunda face da crise é a uma crise de paradigmas". O Estado Democrático de Direito recebe uma função transformadora, o que autoriza mudanças drásticas na sociedade (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2013 p. 395).

Conclui-se que em função de o Brasil ser um país onde fora instituído o Estado Democrático de Direito de forma tardia, ocorreu à importação de teorias alienígenas, as quais não estavam de acordo com a realidade em que se está submerso. Portanto, erros de interpretação são corriqueiros e num momento em que o juiz possui uma posição de destaque, pode optar por primeiro decidir e após fundamentar decaindo no problema da discricionariedade. Desse modo, Streck buscou desenvolver uma teoria que objetiva inibir que os magistrados decidam conforme a sua consciência e passem a proferir decisões conforme a Constituição, atendendo as peculiaridades do caso concreto, a partir de ensinamentos vistos na hermenêutica filosófica, com o apoio dos princípios clássicos constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se, como já referido, mas que não é demasiado ratificar, que com o advento da Segunda Guerra Mundial e a constatação da problemática em separar o Direito e a moral, verificou-se a necessidade de uma nova conduta, com a superação do positivismo. Considerando que o ordenamento jurídico não estava preparado para a concepção de tantos Direitos, o Estado Democrático de Direito ingressou em um verdadeiro colapso, já que coube aos magistrados solucionar questões que vão muito além do mundo jurídico. Observando-se elementos filosóficos, sociológicos, econômicos, políticos e jurídicos, há o desenvolvimento da Constituição adequada ao seu país, entretanto, enquanto ainda se vive em condições subdesenvolvidas há um conflito entre o fornecimento de direitos e capacidade estatal.

Ao fim, todas essas questões demonstradas desencadeiam o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. A observância da dignidade da pessoa humana, do princípio da proporcionalidade e da filosofia do Direito, a superação do princípio da legalidade, o fato de o jusnaturalismo e do formalismo jurídico não serem mais suficientes ao Direito contemporâneo e a evolução do pós-positivismo fazem parte da construção do constitucionalismo contemporâneo. Assim, evidenciou-se a importância de uma nova conduta hermenêutica. A Constituição passou por diversas mudanças que não só transformaram e resguardaram direitos e deveres, como também criaram obrigações e vincularam os operadores do Direito a uma interpretação que demande a efetivação de Direitos, proporcionando aos magistrados uma liberdade maior, sem violar a separação dos poderes. Há aqui uma preocupação política, econômica e social, que demanda cautela no processo interpretativo.

Ademais, considerando que o Estado Democrático de Direito foi instituído tardiamente no Brasil, houve uma importação de teorias alienígenas que não estavam de acordo com a realidade

em que se está submerso. Portanto, erros de interpretação são corriqueiros e num momento em que o juiz possui uma posição de destaque, pode optar por primeiro decidir e após fundamentar decaindo no problema da discricionariedade. Desse modo, fez-se necessário desenvolver uma teoria que objetive inibir que os magistrados decidam conforme a sua consciência e passem a proferir decisões conforme a Constituição, atendendo as peculiaridades do caso concreto, a partir de ensinamentos vistos na hermenêutica filosófica, com o apoio dos princípios clássicos constitucionais.

De outra banda, constatou-se que diante de uma falha do Poder Legislativo, o Poder Judiciário acabou se tornando protagonista na atuação da concretização dos direitos. A judicialização é diferente do ativismo e, diante da omissão legislativa, cada vez mais o Supremo Tribunal Federal necessita se posicionar sobre questões polêmicas, utilizando-se da bandeira ativista. Resta claro que os problemas concretos que buscam solução na máquina judiciária há muito já não podem ser vistos apenas pelo viés positivista, necessitando de uma resposta de acordo com a Constituição Federal.

Destarte, cabe ao intérprete aplicar a lei ao caso concreto e, assim, encontrar a melhor resposta àquele determinado caso, a partir do produto hermenêutico decorrente da aplicação da Constituição. Para tanto, é essencial que se adentre no círculo hermenêutico de forma adequada, observando a tradição, a historicidade, a fusão de horizontes e, principalmente, construa primeiro um entendimento crítico, justificando a sua fundamentação para, depois, atingir o resultado final, decidindo de acordo com o ordenamento jurídico e não conforme a religião, ideologia ou qualquer outro pensamento íntimo que pode influenciar em um julgamento justo. A Constituição é efetivada a partir da sua a aplicação e para tanto se deve observar critérios básicos, para não incorrer em decisões desvinculadas do caso concreto e carregadas de arbitrariedade.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; DA SILVA, Fernando Laercio Alves; DEL NERO, Patrícia Aurélia (Ed).. **Neoconstitucionalismo em perspectiva.** Viçosa: UFV, 2014. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso em: 10 de out. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. Hermenêutica Constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; DO NASCIMENTO, Carlos Valder (Cord).. **Tratado de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RIBEIRO, Adolpho José. Ativismo judicial vs. Judicial self-restraint: o papel do juiz constitucional entre a criatividade e o passivismo. **Cognitio Juris**. João Pessoa, ano IV, n. 10, p. 369-371 junho, 2014. Disponível em: <http://www.cognitiojuris.com/edicoes_completas/EDICAO_10.pdf>. Acesso em: 10 out 2016.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 43, p. 01-19, , 2005. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/download/7004/4982>. Acesso em: 10 de out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Linhas mestras da interpretação constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014a.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014c.

LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITOS DA PERSONALIDADE DIANTE DA INADEQUADA RECEPÇÃO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY NO DIREITO BRASILEIRO

Bruna Alexandra Kirsch[1]
Igor Raatz dos Santos[2]

CONSIDERAÇÕES INICAIS

O presente ensaio versa sobre a problemática relativa à aplicabilidade dos direitos fundamentais de liberdade, notadamente a liberdade de imprensa, e os direitos da personalidade. Tem-se, como cerne da questão, eventuais colisões entre direitos fundamentais, que habitualmente costumam ser suscitadas em decisões judiciais, nas quais se revelam possíveis violações dos direitos à imagem, à honra e à vida privada diante do direito fundamental à liberdade de imprensa.

O ponto chave da investigação reside na análise da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, sua proposta de distinção entre regras e princípios, bem como sua fórmula da ponderação. Pretende-se, sob esse enfoque, desvelar o modo como a teoria do jurista alemão vem sendo equivocadamente recepcionada no direito brasileiro, tendo como norte os casos envolvendo o direito fundamental à liberdade de imprensa e os direitos fundamentais de personalidade.

DO DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE À LIBERDADE DE IMPRENSA

A Constituição brasileira consagra um direito geral à liberdade (art. 5.º, *caput*, CF), o qual funciona como uma cláusula geral a permitir o reconhecimento de direitos não previstos de forma explícita no texto constitucional (SARLET, 2014). Com efeito, a liberdade, como faculdade genérica de ação ou de omissão, concede ao indivíduo ampla possibilidade de manifestação de suas vontades e preferências e de expressão de sua autonomia pessoal (SARLET, 2014). Perquirir os elementos que caracterizam o direito à liberdade não é, porém, tarefa fácil, tendo em vista a ambiguidade do termo[3].

O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 consagra liberdades variadas e procura assegurá-las por meio de normas jurídicas de cunho protetivo. Para Paulo Gustavo Gonet Branco, dois elementos essenciais da dignidade da pessoa humana são liberdade e igualdade, e as liberdades são consagradas partindo da perspectiva da autorrealização. É o Estado Democrático de Direito que assegura por meio de medidas, maior igualdade entre as liberdades e ele que soluciona os conflitos entre pretensões que colidem (BRANCO, 2012).

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: bakirsch@sinos.net.
[2] Doutor em Direito pela Unisinos. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: igorra@feevale.br.
[3] Para um aprofundamento do tema, partindo de autores como Benjamin Constante, Isaiah Berlin, Norberto Bobbio, Ronald Dworkin e Habermas, ver a obra de RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo:** negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: JUSPodivm, 2016.

A liberdade constitui juntamente com a vida, a igualdade, a segurança e a propriedade um conjunto de direitos fundamentais com relevância particular no ordenamento constitucional brasileiro, segundo entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (2013). Ele destaca que as liberdades asseguradas na Constituição, como a de expressão, reunião e manifestação, traduzem a evidência do espírito de liberdade, "a Constituição Federal é, portanto, também e em primeira linha, uma constituição de liberdade", aponta. O autor também afirma que o direito de liberdade pode ser interpretado em conjunto com o § 2º do artigo 5º da Constituição, que determina um sistema aberto de direitos e garantias fundamentais que também abrange outros direitos não previstos de forma clara no texto constitucional (SARLET, 2013, p. 442-444).

A liberdade de informação e expressão é conceituada na Constituição Federal sem qualquer tipo de censura e por isso é considerada uma das características das sociedades democráticas, servindo "inclusive como termômetro do regime democrático". A liberdade de expressão e informação decorre da liberdade de manifestação de pensamento, e este tem sido um dos mais estimados direitos do homem. A Inglaterra foi o primeiro país a lutar por essa liberdade, em 1695, quando o Parlamento não quis reiterar o Licensing Act, que promovia censura prévia. Após, o fato foi confirmado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, e, posteriormente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), que, em seu artigo 19 menciona: "Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras" (FARIAS, 2000, p. 159- 161).

Na Constituição Federal de 1988 a liberdade de pensamento está consagrada nos incisos IV, IX e XIV do artigo 5.º, os quais, respectivamente, garantem a liberdade de pensamento, sendo vedado o anonimato, a liberdade de expressão da atividade intelectual, artísticas, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, bem como o acesso à informação e o resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

É importante ressaltar que são várias as liberdades que estão inseridas dentro do conceito dos direitos fundamentais, como a liberdade de consciência, de culto e crença, de expressão, e dentro desta última, está a liberdade de imprensa. Conforme Gilberto Haddad Jabur (2000), a liberdade de pensamento está diretamente ligada à liberdade de expressão. O respeito à liberdade de expressão, no qual as pessoas podem emitir opiniões e críticas, tem relação com o respeito ao pluralismo político e ideológico, que são elementos da democracia. O autor acredita que "a liberdade de manifestação do pensamento é, fora de dúvida, a maior conquista da história contemporânea", aponta (JABUR, 2000, p.151-156).

De acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco, a liberdade de expressão constituiu em um dos mais importantes direitos fundamentais, sendo uma das reivindicações mais antigas do homem. Ele assinala que a liberdade de expressão conta com diversas faculdades e o grau de proteção de cada uma costuma variar, mas todas estão amparadas pela Constituição. No direito de expressão está inclusa a notícia sobre os fatos. E, um dos fatores mais importantes é que a liberdade de expressão busca assegurar que o Estado não exerça censura. O autor esclarece que proibir a censura quer dizer que os fatos que pretendem ser divulgados não passem por aprovação estatal prévia,

mas "a proibição da censura não obsta, porém, a que o indivíduo assuma as conseqüências, não só cíveis, como igualmente penais, do que expressou" (BRANCO, 2012, p.300-302).

Para Jorge Miranda (1998), os conceitos de liberdade de expressão e informação e liberdade de comunicação social não se confundem. Ele explica que a liberdade de expressão decorre da liberdade de pensamento e que é uma liberdade essencialmente individual. Já a liberdade de comunicação social é uma liberdade institucional, mesmo que na maioria das vezes seja praticada por pessoas individuais, como jornalistas, colaboradores, leitores, ouvintes, entre outros. Porém, enquanto que a liberdade de expressão situa-se no campo dos direitos fundamentais, a comunicação social converte-se em fenômeno de poder (MIRANDA, 1998).

DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE AO DIREITO À PRIVACIDADE

Foi em um contexto histórico da segunda metade do século XIX, marcado por revoltas e injustiças que apareceram os primeiros ensaios a respeito dos direitos da personalidade. Conforme Anderson Schreiber, esta expressão surgiu com os jusnaturalistas franceses e alemães para tratar dos direitos inerentes ao homem, sendo já considerados essenciais à condição humana. Neste sentido, eram entendidos como absolutos, imprescritíveis, inalienáveis e indisponíveis, características que permanecem até hoje na legislação brasileira e estrangeira. No início, não havia um consenso sobre quais eram os direitos da personalidade e falava-se muito do direito ao próprio corpo, à honra e do direito à vida, e outros mais. Tantos ideais acabaram atrasando seu desenvolvimento e o Código Civil de 1916 não mencionava o assunto. O tema voltou a ser despertado somente na segunda metade do século XX (SCHREIBER , 2013).

Os direitos da personalidade podem ser entendidos como posições jurídicas fundamentais do homem adquiridos pelo nascimento. São condições essenciais ao ser e guardam o conteúdo necessário da personalidade, exigindo de outros o respeito a ela. Podem ser entendidos também como bens da personalidade física, moral e jurídica do ser humano. De acordo com Jorge Miranda (1998), os direitos da personalidade assumiram total relevância constitucional, seja na parte geral ou especial, pois não há Constituição que não os assuma.

Paulo Gustavo Gonet Branco (2012) trata alguns dos direitos da personalidade quando os relaciona com a liberdade de comunicação. Para ele, uma das limitações à liberdade de comunicação social é o respeito ao direito à privacidade, à imagem e à intimidade das pessoas. Ele explica que embora muitos doutrinadores não distingam privacidade de intimidade, alguns dizem que intimidade faria parte da intimidade, para ele, o direito à privacidade teria como objeto os "comportamentos comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público", já o direito à intimidade seriam as questões mais íntimas tratadas entre amigos ou familiares. Em sentido estrito, o direito à privacidade, remete a uma pretensão do homem não ser o assunto de conversas entre terceiros e ter informações pessoais repassadas para o público em geral (BRANCO, 2012, p. 320).

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2013), de todos os direitos fundamentais que tem relação com a proteção da dignidade e personalidade humanas, o mais relevante é o direito à privacidade, ou à vida privada. Ele conta que o direito à vida privada e à intimidade só foram expressamente

reconhecidos no Brasil na Constituição Federal. E, diferente de outras ordens constitucionais, refere tanto a proteção da privacidade, quanto da intimidade e também de bens autônomos, como no caso da imagem e da honra. O direito à privacidade baseia-se no direito que o homem tem de ser deixado em paz, ou seja, que fique na proteção de uma esfera de vida privada para desenvolver sua individualidade e ter um espaço para refletir. O autor indica que o critério de determinação do âmbito de proteção à privacidade deve ser material e não formal, e, considerando sua dupla dimensão, objetiva e subjetiva, o direito à privacidade exerce na condição subjetiva como direito de defesa, e como expressão da liberdade pessoal, e, na perspectiva objetiva, provém um dever de proteção estatal, além da eficácia irradiante (SARLET, 2013).

Outros direitos da personalidade que merecem destaque são os direitos à honra e à imagem. Para Ingo Wolfgang Sarlet (2013), esses direitos diferem-se, pois dizem respeito a integridade e à identidade moral da pessoa, não tendo âmbito de proteção similar aos direitos à privacidade e intimidade. Ele lembra que os direitos à honra e à imagem estão previstos no Código Civil no capítulo que aborda os direitos de personalidade (artigo 20, caput). Destaca ainda que as expressões honra e imagem não são sinônimas e explica cada uma delas. A honra é protegida como direito fundamental pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal e é um direito imaterial vinculado à dignidade da pessoa humana, pois diz respeito a sua reputação. O direito à honra, a defesa do bom nome e a reputação estão incluídos na esfera da integridade e inviolabilidade moral (SARLET, 2013).

Sobre o direito à honra, Roque Stoffel (2000) diz que este corresponde a uma das primeiras manifestações em defesa de valores ou qualidades morais das pessoas e que está amparada no princípio da dignidade da pessoa humana. A honra é também o valor moral íntimo do homem, chamado de subjetivo. Além disso, é "um dos bens mais apreciados da pessoa humana, confundindo-se com sua própria dignidade". O autor explica que no Código Penal e na Lei da Imprensa são descritos vários delitos contra a honra, como a calúnia, a injúria e a difamação. A calúnia é a imputação falsa de algum fato criminoso, conforme o artigo 20 do Código Penal. A difamação é a imputação de fato ofensivo à reputação de uma pessoa, conforme o artigo 21 do mesmo código. E ainda, a injúria, conforme Roque Stoffel, é "toda expressão ultrajante ou palavra de desprezo que não contenha imputação de um fato", diz. Elas têm em comum o *animus narrandi*, como defesa para excluir o dolo nos crimes de imprensa (STOFFEL, 2000 p. 20-23).

Já o direito à imagem também é consagrado no artigo 5º, incisos V, X e XXVIII, *a*, da Constituição Federal. Este direito consiste na proteção contra a reprodução da imagem ainda que não necessariamente se tenha afetado seu nome ou reputação, portanto, "não tem como objeto a proteção da honra, reputação ou intimidade pessoal, mas sim a proteção da imagem física da pessoa e de suas diversas manifestações". Nesse sentido estão o direito de não ser fotografo ou ter seu retrato publicado sem seu consentimento ou ainda não ter publicações distorcidas ou que falsifiquem sua imagem. Conforme explica, Ingo Wolfgang Sarlet (2013) que este direito não é protegido quando se trata de pessoa que exerça atividade pública, já que se presume tacitamente sua aceitação. A titularidade do direito à imagem é exclusiva das pessoas físicas, mas também é admitida nos casos *post mortem*. No caso de colisão com outros direitos fundamentais, o autor diz que ele também não é absoluto e quando se trata de pessoas públicas ou mesmo de pessoas que estão em local privado, mas de acesso público, é possível presumir uma autorização implícita do uso

de sua imagem, desde que não de modo distorcido. E ensina que, cada caso deve ser analisando salvaguardando a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2013).

Os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, além de terem uma proteção positiva, contam também com uma proteção de forma negativa. O artigo 220, §1, da Constituição Federal, dispõe que os direitos da personalidade estão consagrados como limites à liberdade de expressão e informação. Referido dispositivo revela grandes consequências para um choque entre esses direitos e essas liberdades. Com a lei 5.250 de 1967 denominada de Lei da Imprensa[4] e a redemocratização do País, a liberdade mantém um papel de destaque ante a opinião pública e a colisão passa a ser resolvida na perspectiva de colisão entre direitos fundamentais (FARIAS, 2000).

O OLHAR DA DOUTRINA E DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS A RESPEITO DA COLISÃO ENTRE NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A EQUIVOCADA RECEPÇÃO DA PODERAÇÃO ALEXYNIANA

Este capítulo abordará a teoria de Robert Alexy sobre a distinção entre regras e princípios, bem como o modo utilizado pelo referido jurista para dar conta na ponderação em casos de conflitos entre direitos fundamentais. Ademais, em função do método de ponderação ser muito corriqueiro na doutrina e na jurisprudência brasileira, será demonstrado como os ensinamentos de Alexy não são aplicados, apesar das constantes referências à ponderação e a própria teoria de Alexy.

DA NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL NA TEORIA DE ROBERT ALEXY À PARTIR DA DISTINÇÃO ESTRUTURAL ENTRE REGRA E PRINCÍPIO

A distinção entre regras e princípios, segundo Robert Alexy, é a base da teoria da fundamentação dos direitos fundamentais e é uma chave para a solução de problemas entre colisões destes direitos. Com essa distinção, problemas como os efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento poderão, segundo ele, ser melhores esclarecidos. Além disso, a distinção entre regras e princípios pode ser uma resposta a respeito da possibilidade e dos limites da racionalidade sobre os direitos fundamentais (ALEXY, 2011). O estudo do tema, sob a ótica do autor alemão, é de extrema importância para que se possa firmar um juízo crítico acerca do modo como os tribunais brasileiros vêm lidando com questões envolvendo supostas colisões entre direitos fundamentais.

Alexy publicou sua teoria em 1986 e ela tornou-se um marco para os estudos sobre a estrutura normativa dos Direitos Fundamentais na Constituição alemã, tendo como objetivo apresentar uma "reabilitação da chamada teoria valorativa dos direitos fundamentais". Assim, a Teoria dos Direitos Fundamentais deveria servir como ideal teórico ao intérprete para decisões neste âmbito. Ainda, quando Alexy buscava uma dogmática para os Direitos Fundamentais ele apresentou a distinção entre regras e princípios jurídicos como elementos essenciais. Ou seja, a partir dessa teoria, poder-se-ia "amparar um esquema de fundamentação racional sobre as

[4]Cabe mencionar aqui que o Supremo Tribunal Federal julgou como inválida a Lei de Impressa, através da ADPF 130, em 2009.

possibilidades e limites no âmbito de aplicação dos Direitos Fundamentais". A partir da tradução da obra de Alexy para vários idiomas, esta proposta passou a ter destaque em diversas ordens jurídicas que passaram a reconhecer sua validade (MORAES, 2016).

Robert Alexy (2011) aponta que tanto regras quanto princípios estão reunidos sob o conceito de norma e que "princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda, que de espécie muito diferente". Para ele, a distinção entre regras e princípios não é novidade e são muitos os critérios utilizados pela doutrina ao longo dos anos. Usualmente, o critério mais utilizado pela doutrina é o da generalidade. Neste caso, os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Outros critérios muito utilizados são: da determinabilidade dos casos de aplicação; a forma de seu surgimento (diferenciando normas criadas de desenvolvidas); o caráter explícito de seu conteúdo axiológico; a referência à ideia de direito ou a uma lei suprema e ainda, a importância para a ordem jurídica (ALEXY, 2011).

Mas, para Alexy, existem três teses levantadas acerca desta distinção: a primeira defende que qualquer tentativa de diferenciar as normas em duas classes estaria fadada ao fracasso; a segunda salienta que a diferenciação seria somente de grau; e a terceira, que o autor considera a correta, seria que entre regras e princípios não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa. Além disso, para o Robert Alexy, outro ponto de diferenciação é que princípios são "mandamentos de otimização", caracterizados por poderem ser satisfeitos em vários graus, e as regras são normas que podem ser satisfeitas ou não satisfeitas, ou seja, se existe uma regra, deve-se fazer exatamente o que ela exige (ALEXY, 2011).

É interessante diferenciar aqui que embora Robert Alexy chegue a citar Ronald Dworkin, ambos contam com notáveis distinções. Segundo Rafael Tomaz de Oliveira, Alexy e Dworkin, operam com diferentes conceitos de norma e atribuem um caráter deôntico distinto, sendo que para Alexy o princípio está ao lado das regras como tendo o gênero norma. Para Dworkin "a normatividade do direito se manifesta concretamente na própria *prática interpretativa* e não num sistema lógico previamente delimitado", diz. Outro ponto que destaca é que, de certo modo, em relação a teoria do tudo-ou-nada, apresentada por Dworkin como característica para as regras, ela refere-se muito mais ao modo como se dá a justificação argumentativa do que a sua aplicação. Nos princípios, é necessário que a aplicação tenha coerência com o contexto dos princípios que constituem determinada comunidade. A última distinção, seria pelo fato de que, para Dworkin, peso e importância são combinados, pois nenhum princípio deixa de ter importância e pode ser excluído, ao contrário das regra. Assim, ponderação e dimensão de peso não são equivalentes (OLIVEIRA, 2008).

Fausto Santos de Morais (2016) aponta que, segundo Alexy, o sistema jurídico orientado pelos direitos fundamentais necessita de um mandamento de otimização. Então, no caso de uma colisão de princípios, sua condição de mandamentos de otimização faria com que sua aplicação fosse gradual, estabelecendo uma relação de precedência entre eles, ou seja, os princípios colidentes deveriam ser harmonizados, considerando a situação do caso concreto. Desse modo, o que antes era chamado de mandado de otimização passa a ser relacionado com a máxima da

proporcionalidade. Isso quer dizer que há o "dever de máxima aplicação dos comandos principiológicos diante das condições fáticas e jurídicas" (MORAES, 2016).

A maneira mais clara de analisar as diferenças entre regras e princípios, para Robert Alexy, reside no caso de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Um conflito entre regras somente é solucionado se for introduzido em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Mas, se este tipo de solução não for possível, uma das regras precisa ser invalidada: "não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos", aponta. Assim, este problema pode ser solucionado por meio de regras como "*lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*", mas também pode-se encontrar uma solução percebendo qual a importância de cada regra para o conflito. O importante é que a decisão seja sobre validade (ALEXY, 2011).

Já a colisão entre princípios deve ser solucionada de outra maneira. Segundo Robert Alexy, se dois princípios colidem, um deles terá que ceder. Mas, isto não quer dizer "nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção". Isso quer dizer que um dos princípios tem precedência em relação a outro em determinadas situações pois eles contam com pesos diferentes e que o que tem maior peso terá precedência (ALEXY, 2011).

Para Robert Alexy, a lei de colisão significa tentar encontrar a solução por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. O sopesamento busca definir quais dos interesses tem mais peso no caso concreto. Ou seja, a solução para esta colisão consiste em estabelecer uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias de cada caso concreto (ALEXY, 2011).

O autor cria assim uma fórmula onde P_1 é o princípio um e P_2 é o princípio dois, e onde C é a condição de precedência. Ele ressalta que C é o pressuposto do suporte fático de uma regra e conta com um duplo caráter, que decorre da estrutura do enunciado. Assim, exemplificando, se P_1 tem precedência em face a P_2 sob as condições C: (P_1 **P** P_2) C, e se do princípio P_1, sob as condições C, decorre a consequência jurídica R, então vale uma regra que tem C como suporte fático e R como consequência jurídica: C→R. Em outras palavras, "as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência." Essa é a chamada lei de colisão, um dos fundamentos da teoria dos princípios (ALEXY, 2011).

O autor exemplifica a lei da colisão com o caso Lebach, quando a emissora de televisão ZDF planejava veicular um documentário sobre o assassinato de soldados, contando a história de quatro deles que foram mortos enquanto dormiam. Ocorre que, um dos condenados como cúmplice estava perto de ser libertado na época em que seria exibido o documentário, onde ele seria nominalmente apresentado. Fato é que isto violaria seu direito fundamental segundo a Constituição alemã. O Tribunal Estadual rejeitou o pedido de medida cautelar que proibiria a exibição e o Tribunal Superior Estadual negou provimento ao recurso contra a decisão. O autor ajuizou uma reclamação constitucional contra as decisões (ALEXY, 2011).

A argumentação da decisão do Tribunal Constitucional Federal se deu em três etapas. Na primeira, foi constatada uma situação de tensão entre o direito da personalidade, garantido pelo

artigo 2°, § 1, combinado com o artigo 1°, § 1, da Constituição da Alemanha, com a liberdade de informar por meio da radiodifusão, garantido no artigo 5°, § 1° e 2°. Assim, levando em conta o caso exposto acima, o autor representa a proteção de personalidade como princípio um (P_1) e a liberdade de informar por meio de radiodifusão como princípio dois (P_2). Este caso é solucionado por meio de um sopesamento no qual nenhum dos princípios poderia uma precedência geral (ALEXY, 2011).

Assim, no caso, em uma segunda etapa, o Tribunal Constitucional Federal sustenta uma precedência geral da liberdade de informar (P_2), no caso de ser uma "informação atual sobre atos criminosos", que seria C_1. Ou seja, (P_2 **P** P_1) C_1. Essa relação sustenta apenas uma precedência geral ou básica, significando que nem toda informação atual é permitida. Mas, na terceira etapa, o tribunal constata que no caso de "repetição do noticiário televisivo sobre um grave crime, não mais revestido de um interesse atual pela informação, que 'coloca em risco' a ressocialização do autor" (C_2), a proteção da personalidade, que era P_1, tem precedência sobre a liberdade de informar (P_2), o que leva a proibição da veiculação do documentário. Assim, fica a fórmula de precedência (P_1 **P** P_2) C_2. Neste caso, o C_2 é composto por quatro condições: notícia repetida (T_1), não revestida de interesse atual pela informação (T_2), sobre um grave crime (T_3), e que coloca em risco à ressocialização do autor (T_4). E tem-se a regra $C_2 \rightarrow R$, o que corresponde a T_1 e T_2 e T_3 e $T_4 \rightarrow$ R (ALEXY, 2011). Nas palavras do próprio Alexy, pode-se afirmar que, "como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido" (ALEXY, 2011). Isso significa que o resultado do sopesamento será uma nova norma que será aplicada, por subsunção, para a resolução do caso concreto. Trata-se de um fator importante, pois Alexy permanece, em certa medida, preso à cartografia positivista própria da jurisprudência dos conceitos da qual reconhece ser herdeiro.

Uma característica importante das regras e dos princípios é também o caráter *prima facie*, abordado por Robert Alexy. Por um lado, os princípios exigem que algo seja realizado dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, sendo assim não contêm um mandamento definitivo, mas *prima facie*. E, as regras exigem que seja feito aquilo que ordenam exatamente. Neste sentido, percebe-se que os princípios têm um caráter *prima facie*, e as regras têm um caráter definitivo. Há também os chamados princípios formais, aqueles que foram criados pelas autoridades legítimas e que não devem ser relativizados sem motivos. Em um ordenamento jurídico, "quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras", diz (ALEXY, 2011).

Além dessa distinção, o autor aponta que regras e princípios podem ser considerados como razões para ações ou razões para normas. Razões para normas podem ser normas universais (que seriam as gerais-abstratas), e ou normas individuais (que seriam os juízos concretos de dever-ser). Mas, para Robert Alexy (2011), regras e princípios devem ser considerados como razões para normas. E. acredita que regras podem também ser razões para outras regras e princípios também podem ser razões para decisões concretas. Porém, princípios são sempre razões *prima facie*. Isto quer dizer que toda a vez que "uma razão decisiva para um juizo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto", analisa (ALEXY, 2011).

A teoria dos princípios de Alexy possui íntima conexão com a máxima da proporcionalidade, entendida em suas três dimensões parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (que seria o mandamento do sopesamento). Ele afirma que o Tribunal Constitucional da Alemanha teria referendado que a máxima da proporcionalidade decorre da própria essência dos direitos fundamentais (ALEXY, 2011). Ainda explica Robert Alexy (2011, p. 117):

> A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.

Como visto, a aplicação de princípios válidos é obrigatória e, para sua aplicação, pode-se tornar necessário um sopesamento. Ou seja, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito provém do caso de os princípios já serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Por outro lado, "as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas". No entanto, problema envolvendo a aplicação de princípios poderá ser resolver com recurso à submáxima da adequação ou da necessidade, não sendo necessário, em todos os casos, socorrer-se da submáxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Robert Alexy (2011) exemplifica a máxima da necessidade da seguinte maneira: o Estado busca a persecução do objetivo Z com base no princípio P_1. Há pelo menos duas medidas, que são M_1 e M_2. Ambas são adequadas, mas M_2 afeta menos intensamente que M_1 a realização do que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio P_2 exige. Assim, sob essas condições, para P_1 é indiferente se se escolhe M_1 ou M_2. Mas, na qualidade de princípio P_2 exige uma otimização em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Então, P_2 pode se realizado em maior medida se se escolhe M_2 invés de M_1. Assim, em relação às possibilidades fáticas, e levando em conta que P_1 e P_2 são validos, apenas M_2 é permitida e M_1 é proibida. Segundo Alexy, esta lógica vale para quaisquer princípios, objetivos e medidas (ALEXY, 2011).

Há ainda o duplo caráter das normas de direitos fundamentais, que aparece quando na formulação de uma norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com estrutura de princípios, e que assim, também pode passar por sopesamentos. Ele exemplifica colocando de um lado que a arte é livre e de outro que são proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico. Alexy sugere que seja inserida uma cláusula de restrição que possa dar vazão a essa realidade. Assim, a cláusula que se introduziu necessita que haja, princípios colidentes, que seriam P_2, ...P_n, e que a intervenção para fomentar a realização seja necessária e adequada e sob as condições do caso (C) tenham primazia diante do princípio da liberdade artística (que pode ser P1). Isto significa a fórmula (P_2, ...P_n **P** P_1) C. Isso demonstra que a cláusula denota as três partes da máxima da proporcionalidade. Ademais, se for utilizado S para o preenchimento da lacuna, T para uma intervenção estatal, e R para a consequência jurídica, que seria a proibição da medida, teria T e não S $\rightarrow$ R. Assim, sob dois aspectos, a norma tem o caráter de uma regra e aplicável sem a necessidade do sopesamento contra outra norma. Conclui a necessidade de um modelo que tenha

duplo caráter, quando as disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios (ALEXY, 2011).

Uma última análise do jurista alemão diz respeito a teoria dos princípios estar associada à teoria dos valores. Pode-se falar tanto em colisão e sopesamento entre princípios quanto entre valores e a "realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores". Mas, os conceitos práticos dividem-se em três grupos, conforme a proposta de Von Wright, os deontológicos, os axiológicos e os antropológicos. Nos primeiros cita como exemplo os conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo. Os axiológicos têm como conceito básico o conceito de bom, quando algo possa ser qualificado assim (pode ser bonito, corajoso, econômico, democrático, seguro, liberal). Já os conceitos antropológicos estão ligados a vontade, interesse, necessidade, decisão e ação. Princípios, para ele, são "mandamentos de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimização. Como mandamentos, pertencem eles ao âmbito deontológico. Valores, por sua vez, fazem parte do nível axiológico", diz (ALEXY, 2011).

O conceito de valor é utilizado de várias formas e a comparação entre valor e princípio também pode se basear em alguns aspectos estruturais gerais e elementares dos valores. Uma das diferenças fundamentais é perceber quando algo tem um valor e quando algo é um valor. Segundo Robert Alexy, quando é dito que algo tem um valor quer dizer que tem um juízo de valor e realiza uma valoração. Eles podem ser classificados em classificatório, comparativo e métrico. O classificatório determina se uma constituição é boa ou ruim. Os valorativos comparativos são utilizados quando dentre dois objetos um tem maior valor que o outro. O métrico é utilizado quando, aos objetos a serem valorados, for atribuído um número que indica seu valor. Em geral, valorações se baseiam em muitos critérios e é necessário sopesá-los, então, Robert Alexy (2011) resolve classificar como critérios de valoração apenas os que são passíveis de sopesamento.

Ele exemplifica da seguinte forma: sempre que um carro apresenta um grau de segurança i, ele é bom. Assim, se levarmos em conta esse critério é um motivo para a classificação em "bom". Deve-se lembrar que, em geral, as regras de valoração englobam vários outros aspectos. Mas, é preciso fazer uma divisão: a norma seria um supraconceito e ela poderia ser dividida em deontológica e axiológica. Na deontológica ter-se-ia dois caminhos, regra e principio. Na axiológica os caminhos seriam regra de valoração e critério de valoração (valor). O autor ainda afirma que a metrificação não é possível no direito constitucional. E, das três formas de juízos de valor, são os comparativos que têm maior importância para o direito constitucional, pois a "relação entre eles e os critérios de valoração conduz à definição da relação entre princípio e valor", diz. Assim, a diferença entre princípios e valores é reduzida a um ponto: seu caráter deontológico e axiológico (ALEXY, 2011).

Mas, o modelo de princípios e valores recebe desde rejeição total até aceitação enfática. E, segundo Robert Alexy, elas deveriam ser levadas mais a sério. Isso porque em razão das referências a valores a uma ordem de valores, o Tribunal Constitucional Federal é censurado por deixar de lado alguns postulados racionais de fundamentação. E este argumento é voltado para a concepção de uma ordem de valores no sentido de ordem hierarquizada e contra o sopesamento. No primeiro caso, quando interessam os valores relevantes para uma decisão no campo dos direitos fundamentais, o problema seria de como delimitar a classe desses valores. Para o autor a

possibilidade polêmica de definir quais valores são relevantes para os direitos fundamentais e quais não o são pode dificultar a elaboração de uma ordem de valores que contenha todos e somente os relevantes. Mas, um catálogo desses seria praticamente impossível (ALEXY, 2011).

O exemplo utilizado por Robert Alexy (2011) é o mesmo do caso Lebach, testando chegar a uma conclusão desses valores em uma escala cardinal. Suponha-se que a proteção da personalidade seja P_1 e a liberdade de radiodifusão P_2. A P_1 seria atribuída a importância abstrata de 0,8 e a P_2 0,4. Então a pergunta é: o que deve ter precedência, uma proibição da radiodifusão, que seria R_1 ou a permissão dessa radiodifusão, que seria R_2. A elas são dadas as seguintes intensidades. Quanto a P_1, teria R_1 de 0,4 e R_2 de 0,3. Quanto a P_2 teria R_1 de 0,3 e R_2 de 0,9. Assim, as intensidades de realização devem ser multiplicadas pelo valor abstrato dos princípios e em seguida devem ser somados. Para R_1 significa: 0,32 (0,4 x 0,8) + 0,12 (0,3 x 0,4) = 0,44. Para R_2: 0,24 (0,3 x 0,8) + 0,36 (0,9 x 0,4) = 0,6. Com 0,6, R_2 tem maior valor global e, portanto, deve ser escolhido, ainda que R_1 seja exigida pelo princípio de maior hierarquia abstrata. Então, conforme Alexy, "a teoria dos valores fica superada". O problema ainda permanece na atribuição desses valores e parece ser impossível uma ordenação dos valores ou princípios que defina de forma intersubjetiva no âmbito dos direitos fundamentais. Deve-se ter ordenações flexíveis por meio de preferências *prima facie* em favor de um princípio ou valor, ou por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências. As duas estão ligadas ao conceito de sopesamento (ALEXY, 2011).

Para Robert Alexy (2011), "valores e princípios não disciplina sua própria aplicação, e o sopesamento, portanto, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa". Conforme o exemplo anterior, do caso Lebach, onde foi definido uma relação de precedências condicionadas, o Tribunal Constitucional Federal solucionou a colisão entre a proteção da personalidade (P_1) e a liberdade de informar (P_2) por meio da aceitação de uma precedência P_1, que colocava em risco a ressocialização do autor (C_2). Foi então que o tribunal elaborou um enunciado de preferências: (P_1 **P** P_2) C_2. E, segundo a lei de colisões, desse enunciado surge a regra: $C_2 \rightarrow$ R. Mas, se o sopesamento se resumisse a essa regra, o sopesamento não representaria um procedimento racional e o estabelecimento da preferência condicionada poderia ser tomado de forma intuitiva. Então poderia ser contraposto a um modelo decisionista um outro modelo fundamentado, que distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação (ALEXY, 2011).

Como se vê, o professor alemão permanece preso ao paradigma da jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional Alemão e ao conceito de "ordem hierárquica de valores" (HABERMAS, 2003).[5] Sendo certo que tal amplitude, aliada ao caráter generalizante atribuído aos

[5] A respeito, a interessante crítica de Habermas (2003): "a transformação conceitual de direitos fundamentais em bens fundamentais significa que direitos foram mascarados pela teleologia, escondendo o fato de que em um contexto de justificação, *normas e valores têm diferentes papéis na lógica da argumentação*. Porque normas e princípios, em virtude do seu caráter deontológico, podem pretender ser universalmente obrigatórios e não apenas especialmente preferíveis, eles possuem uma maior força de justificação que os valores. Valores devem ser postos em uma ordem transitiva com outros valores, caso a caso. Como não há padrões racionais para isso, esse sopesamento acontece arbitrariamente ou sem maior reflexão, de acordo com os padrões e hierarquias costumeiras. A partir do momento em que uma corte constitucional adota a doutrina de uma ordem objetiva de valores e fundamenta seu processo de decisão em uma forma de realismo ou convencionalismo moral, o perigo de decisões irracionais cresce, porque os argumentos funcionais ganham precedência sobre os normativos. Certamente, há vários princípios ou bens coletivos que representam perspectivas cujos argumentos podem ser introduzidos em um discurso jurídico em casos de colisão de normas (..). Um julgamento orientado por princípios precisa decidir qual pretensão e qual ação em um dado conflito é correta e não como ponderar interesses ou relacionar valores (..). A validade jurídica do

princípios, contribui sobremaneira para uma criação desenfreada de princípios e, pois, no enfraquecimento da própria noção de princípio. Nesse sentido, relevante a crítica de Ferrajoli acerca da ideia de que as normas constitucionais não seriam estritamente vinculantes, "mas, sim, princípios ético-políticos, fruto de argumentações morais", que, segundo ele, teria favorecido "o desenvolvimento de uma inventiva jurisprudência – onde o debate infelizmente não permaneceu limitado à academia, entre os filósofos do direito –, que se manifestou através da criação de princípios que não têm nenhum fundamento no texto da Constituição" (FERRAJOLI, 2012).

Outro fato apontado por Robert Alexy (2011) diz respeito a fundamentação relacionada ao sopesamento. Para ele, quanto maior o grau de não-satisfação ou afetação de um princípio, maior será a importância da satisfação do outro, sendo essa a regra da lei do sopesamento. Isso quer dizer que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos que sejam relativos. Um bom exemplo para ilustrar o caso é através da utilização de curvas da indiferença. Neste sentido, o autor aborda a liberdade de imprensa de um lado e a segurança nacional de outro, e, quanto mais a liberdade de imprensa diminui, exige-se um aumento da segurança nacional, e vice-versa (ALEXY, 2011).

Mas, entende Robert Alexy (2011) que essas curvas não são diretamente equivalentes a lei do sopesamento, pois esta apontaria primeiramente para a importância da satisfação do princípio colidente e depois elaboraria um dever. Poder-se-ia então, elaborar novas curvas que se transpassariam, sendo que uma representaria que para "a" a liberdade de imprensa seria mais importante, e para uma pessoa "b" seria a segurança nacional. Assim, o sopesamento constitucional deve definir "qual deve ser a importância que se deve conferir a ambas". A lei do sopesamento deve ser inserida a um metanível, que pode ser representando por uma curva de indiferença de segundo nível. Nessa, a decisão acerca da correção dos sopesamentos deve ser feita em função dos graus de importância da satisfação de um princípio ou outro. Os enunciados sobre graus de afetação e de importância devem ser utilizados como fundamentos para dispor sobre as preferências que representam o resultado do sopesamento, assim destaca Robert Alexy, (2011, p.171-172):

> A tese de que a emissão televisiva representava uma afetação demasiadamente intensa na proteção da personalidade é fundamentada, por exemplo, fazendo-se menção ao alcance das emissões de televisão, aos efeitos do formato documentário, ao alto grau de credibilidade que os programas de TV têm junto ao público, á ameaça à ressocialização do autor, decorrente dessa credibilidade e de outras características do documentário, e ao prejuízo adicional que implica a transmissão de um documentário depois da perda da atualidade da informação. No que diz respeito à importância da realização do princípio da liberdade de radiodifusão, são aduzidas, em primeiro lugar, diversas razões para a importância da transmissão de notícias atuais sobre crimes graves. A partir dessa constatação, a repetição de uma notícia é qualificada como não suficientemente importante para justificar a intensidade da afetação.

Para o autor, são plausíveis as razões utilizadas pelo tribunal. E aponta ao fato de que dentre as razões estão vários aspectos diversos, como o alcance do programa televisivo, os riscos à

julgamento tem o caráter deontológico de um comando, e não o caráter teleológico de um bem desejável que nós podemos alcançar até um certo nível"

ressocialização, entre outros. Cabe apontar que este conjunto de razões, que inclui valorações, é algo característico da fundamentação jurídica.[6] Assim, acredita que "o simples argumento de que os valores desempenham um papel no sopesamento não constitui uma objeção à possibilidade de fundamentação racional das decisões ponderativas". E destaca que, existem muitos sopesamentos em relação a valorações que acarretam menos dificuldades que a interpretação clássica. Esse argumento é adequado para demonstrar que o sopesamento conta com um grau de racionalidade menor que interpretações (ALEXY, 2011).

O modelo apresentado por Robert Alexy serve para evitar possíveis dificuldades ligadas ao conceito de sopesamento. Ademais, a técnica não é um procedimento abstrato ou generalizante e o autor defende o modelo como sendo equivalente ao princípio da concordância prática. Para ele, sempre é possível que uma regra seja formulada para decisões judiciais nos termos do sopesamento. Assim, o modelo de sopesamento apresentado possibilita tanto a satisfação das exigências de consideração das regras fáticas e de uma precisa dogmática dos direitos fundamentais, quanto evita dificuldades a respeito da concepção da análise do âmbito da norma. É importante apontar ainda que o modelo de regras e princípios apontado por Alexy tem tanto o nível de princípios quanto de regras, o que significa que "a dedução não é suplantada pelo sopesamento", sendo ambos associados (ALEXY, 2011).

ANÁLISE DE CASOS

Se, por um lado, a teoria de Alexy acabou servindo de sustentáculo para uma criação desenfreada de princípios[7], o recurso à ponderação acabou servindo como uma forma sofisticada de resolver os problemas das antigas lacunas dos primeiros positivismos. Vale dizer, a ponderação veio a substituir o papel desempenhado pelos princípios gerais do direito, servindo de porta de entrada para a discricionariedade (NOVAIS, 2003)[8], que, agora, vem mascarada pelo manejo (livre) de bens, interesses, valores, direitos fundamentais e princípios (alguns constitucionais outros de origem duvidosa). Nesse ponto, é necessário fazer justiça ao próprio Alexy, uma vez que, apesar de todas as críticas que possam ser endereçadas à sua teoria, é certo que referido autor nunca pensou em uma ponderação livre como acontece na prática jurídica brasileira.

---

[6] O autor trabalha este tema e outro livro de sua autoria, intitulado Teoria da Argumentação Jurídica.

[7] Afirma Lenio Streck: "'positivação de valores': assim se costuma anunciar os princípios constitucionais, circunstância que facilita a 'criação' (*sic*), em um segundo momento, de todo tipo de 'princípio' (*sic*), como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a 'pedra filosofal da legitimidade principiológica', *da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou 'corrigir' (sic) as incertezas da linguagem*" (STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio. TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 65).

[8] Nesse sentido, a crítica de Jorge Reis Novais: "o recurso à ponderação de bens no Direito Público e, designadamente, no domínio que aqui nos ocupa exclusivamente, o das restrições aos direitos fundamentais, generalizou-se, nos últimos cinqüenta anos, de uma forma tão avassaladora que pôde ser designada, criticamente, numa caracterização que revela a controvérsia que acompanha esse processo, como determinando uma substituição do Estado de Direito pelo Estado da ponderação (LEISNER). Impossibilidade de colher da Constituição parâmetros materiais susceptíveis de balizar objectivamente o recurso ao método, subjectivismo, intuicionismo e arbitrariedade, transferência ilegítima de poderes do legislativo para o juiz com substituição da reserva de lei pela reserva de sentença, dissolução dos controlos típicos de Estado de Direito, corrosão da força normativa da Constituição, nivelação e indiferenciação dos direitos fundamentais, tirania dos valores e fórmula vazia, de tudo a ponderação de bens no domínio dos direitos fundamentais tem sido, e com argumentos de peso, acusada".

Tanto é assim que para ele "uma ponderação é racional se o enunciado de preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente" (ALEXY, 2011). Por isso, é acertado dizer, como faz Rafael Giorgio Dalla Barba, que a *Teoria dos Direitos Fundamentais* se conjuga com a *Teoria da Argumentação Jurídica*, "na tentativa de se apresentar uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais que possa indicar a existência de elementos sobre o Direito positivo válido e vigente" (DALLA BARBA , 2017). Afinal, como refere o mencionado autor, Alexy desenvolve uma teoria do discurso jurídico meramente analítica, mas normativa, na medida em que não se restringe à estrutura lógica das proposições em questão, buscando desenvolver critérios para a racionalidade do discurso (DALLA BARBA, 2017).

Portanto, é leviana a utilização de elementos próprios da teoria da Alexy, como o recurso à máxima da proporcionalidade (que no direito brasileiro, muitas vezes, é nominada de princípio) e, principalmente, à "lei do sopesamento", desprezando as lições de Alexy presentes tanto na Teoria dos Direitos Fundamentais, quanto na Teoria da Argumentação Jurídica. Isso fica bastante evidente na análise de casos em que os Tribunais brasileiros buscam resolver questões envolvendo a aplicação de direitos fundamentais de liberdade frente a possíveis violações de direitos fundamentais de personalidade. O recurso à gramática de Robert Alexy (2011) é constantemente utilizado, sem a menor preocupação em se fazer jus à sofisticada construção teórica do jurista alemão.

Um bom exemplo disso é o Recurso Especial nº 1.500.676 - DF do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2015), oriundo de uma ação de reparação por danos morais proposta por Gilmar Ferreira Mendes contra o Paulo Henrique dos Santos Amorim, em razão de ter sofrido críticas em matéria publicada no blog "Conversa Fiada", de autoria do jornalista, a qual induziria a crer que o autor seria agente de práticas criminosas. Julgado procedente o pedido formulado por Gilmar Mendes, com a condenação do réu ao pagamento de R$ 50.000 (cinquenta mil reais) a título de danos morais, Paulo recorreu alegando a violação dos artigos 186, 187, 927, 944 e 953 do Código Civil e dos incisos IV, V, IX, X, XIV do artigo 5º e artigo 220 da Constituição Federal, sustentando que estava exercendo seu direito de liberdade de expressão sem o intuito doloso de ofender e pleiteando pela redução da indenização.

O Ministro Marco Buzzi, relator do processo, em seu voto, afirmou que a liberdade de expressão é o "direito de expor livremente um pensamento, opinião, tese, ideia, seja ela de ordem política, científica...", sendo assim, entende que a liberdade de informação ou comunicação está atrelada ao direito de informar, ser informado e de dar e receber informações com base em acontecimentos e fatos devidamente apurados e vinculados a imparcialidade e à verdade. Porém, ressaltou que a liberdade de informação não é absoluta e tem a obrigatoriedade de estar amparada pela verdade dos fatos. Assim, diz ser imprescindível observar os parâmetros do exercício da liberdade de imprensa dispostos no artigo 5º da Constituição Federal, nos incisos IV, V, X, XIII e XIV.

O Ministro observou que, *sopesando direitos e interesses*, a jurisprudência do STJ teria assentado o entendimento de "não se configura o dano moral quando a matéria jornalística limita-se a tecer críticas prudentes – '*animus criticandi*' – ou a narrar fatos de interesse público – '*animus narrandi*'". No caso, o ministro Buzzi esclareceu em seu voto que as instâncias ordinárias teriam exercido uma ponderação entre os direitos em jogo (liberdade de imprensa x direitos da

personalidade) e apontaram para a existência de um dano moral e dever de indenizar, observando que o jornalista "extrapolou os limites do direito de informação ao fazer referência ao autor de forma indevida, com o intuito de depreciar a sua imagem mediante a publicação de fato inverídico, face o cunho meramente sensacionalista".

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, pode-se mencionar o julgamento da Apelação Cível n.º 70057666166, da Nona Câmara Cível. Trata-se de uma ação de reparação de danos morais contra a empresa jornalística RBS- Participações S.A. a respeito de uma reportagem em que foi verificada ofensa à honra subjetiva do autor, Jardelino Julien Nisus. No caso, ambas partes apelam da sentença de primeiro grau, que julgou parcialmente procedente o pedido do autor para condenar a ré ao pagamento de R$ 20.000 (vinte mil reais) a título de danos morais(RIO GRANDE DO SUL, 2014). No recurso, o autor pediu a retratação e majoração da indenização para trezentos salários mínimos. Já a empresa demandada requereu o provimento do apelo para que a ação fosse julgada improcedente e, subsidiariamente, pede pela redução da indenização pela desproporcionalidade.

O pedido do autor fundava-se em uma matéria veiculada pelo programa RBS Notícias, em 21 de agosto de 2009, em que era acusado de ser partícipe de um esquema criminoso. Em virtude da veiculação da reportagem o autor afirmou ter sido exonerado do cargo de coordenador do Procon e referiu que a matéria atingiu sua honra subjetiva, devido a falsidade dos fatos. Diante desse quadro, o Desembargador relator do caso, Miguel Ângelo da Silva, afirmou que a pretensão a reparação por danos morais mereceria vingar apontando que o direito à imagem é assegurado na Constituição Federal no artigo 5º, inciso X.

Na fundamentação do voto, o relator contrapôs o direito à imagem aos direitos à livre manifestação de pensamento e à liberdade de informação. Para ele, quando a colisão de direitos fundamentais ocorre, como no caso examinado, "forçoso é ter presente que a liberdade de informação encontra limites e condicionantes, não podendo ser exercida de modo a infringir ou violar direitos da personalidade".

O Desembargador diz que em situações como esta o julgador deve se valer da proporcionalidade para verificar se a restrição do direito à imagem ocorreu de forma legítima. Ele cita então Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos, que explicam a ponderação de valores, os princípios da ponderação e da razoabilidade. Também cita Ronald Dworkin que explica que a colisão de princípios necessita de uma dimensão de peso. Mas, após, ele cita Daniel Sarmento, e concorda com o autor que a ponderação não pode implicar no "amesquinhamento da dignidade da pessoa humana". Entende, no entanto, que o direito à imagem possui caráter personalíssimo e protege a personalidade física ou moral da pessoa, sendo distinto do direito de informar, que tem como titulares os meios de comunicação e os que procuram informação. Cita ainda José Joaquim Gomes Canotilho e o chamado princípio da concordância prática, que estabelece limites para conseguir uma harmonização entre os direitos em colisão.

Nas palavras de Miguel Ângelo da Silva, "sopesando o grau de realização do interesse lesivo (liberdade de informação) com o grau de sacrifício do interesse lesado", estima-se que a empresa jornalística "exorbitou do direito de informar". Afinal, no caso em questão, em nenhum momento o inquérito policial apontou indícios da participação do demandante no esquema de propina, portanto,

o fato noticiado está em descompasso com a apuração da polícia. Assim, entende que a honra do autor saiu maculada, tendo a emissora ultrapassado os limites da livre informação.

Percebe-se pelos votos dos relatores e pelas decisões em questão que nenhum deles aplicou de forma correta as regras de sopesamento de princípios no caso de colisão de direitos fundamentais. Ocorre que nos dois casos os direitos da personalidade predominaram nas decisões que foram feitas com base em opiniões parciais dos julgadores a respeita de cada caso concreto. Mesmo que os votos mencionassem as palavras proporcionalidade e ponderação, o sopesamento não foi aplicado. As fórmulas de Robert Alexy são muito conhecidas por doutrinadores e juristas, mas, na prática, acabam servindo tão-somente como álibi teórico para justificar discricionariedades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se vê do cotejo entre a doutrina de Robert Alexy, exposta no presente trabalho, e os casos analisados no presente ensaio, o recurso à ponderação, no direito brasileiro, sequer respeita a construção teórica elaborada pelo jurista alemão. Embora não se trate, aqui, de fazer uma defesa ferrenha da teoria de Alexy, pois é sabido que ela também é alvo de críticas por não conseguir lidar com a discricionariedade judicial, deve-se fazer justiça ao seu pensamento: a teoria criada por ele, de modo algum, poderia legitimar as decisões objeto de reflexão no presente trabalho, as quais, diga-se de passagem, espelham o imaginário jurídico (jurisprudencial e doutrinário) a respeito do uso (inadequado) da ponderação e dos princípios no direito brasileiro. Daí a importância do presente estudo em desvelar como a falta de aportes teóricos sofisticados pela comunidade jurídica brasileira somente reforça um desenfreado protagonismo judicial em detrimento da autonomia do Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.500.676 - DF**. Relator Ministro Marco Buzzi. Data do julgamento: 12 fev. 2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 de nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130- Distrito Federal**. Relator Ministro Carlos Britto. Data do julgamento: 30 abr. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 02 de nov. 2016.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **Nas fronteiras da argumentação**: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy. Salvador: Editora Juspodivm, 2017

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio. TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV – Direitos Fundamentais. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora. 1998.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade:** a inadequada recepção de Alexy pelo STF. Salvador: JUSPodivm, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio*: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo:** negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: JUSPodivm, 2016.

RIO GRANDE DO SUL.Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70057666166.** Relator Desembargador Miguel Ângelo da Silva. Data do julgamento: 27 ago. 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 02 nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org). et al., **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

STOFFEL, Roque. **A colisão entre direitos de personalidade e direito à informação**. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio. TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS NORMAS INTERNAS PERANTE OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Renata Lampert[1]
Daniel Sica da Cunha[2]

O presente artigo versa sobre direitos humanos, especificamente sobre o controle de convencionalidade. Este estudo traz uma análise da posição hierárquica de tais tratados diante do ordenamento brasileiro e os instrumentos dos quais se deve fazer uso para realizar tal hierarquia. Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é apontar quais são os critérios e instrumentos utilizados para solucionar os conflitos que possam existir entre o direito interno e os tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, bem como analisar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial a respeito do assunto. Fazendo uso de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. Para tal fim, a pesquisa foi dividida em duas partes. Na primeira parte, foram analisadas as formas de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento interno brasileiro. Por fim, a primeira parte trata das posições hierárquicas destes tratados que versam sobre direitos humanos e foram incorporados ao ordenamento brasileiro. Já na segunda parte, passou-se a estudar o controle de convencionalidade, instrumento de controle pouco conhecido no ordenamento brasileiro, utilizado para realizar a análise e controle das leis internas de um Estado com relação aos tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados pelo mesmo, comparando ainda esta forma de controle com o controle de constitucionalidade. Para que a partir do conhecimento desta forma de controle, se analise a forma como este instrumento é utilizado pelas Cortes Internacionais e pelas cortes internas brasileiras. Por fim, apresentou-se casos das cortes brasileiras, nos quais é possível verificar a aplicabilidade ou não do referido controle, assim como o reconhecimento da superioridade da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como forma de se verificar a realidade do instituto do controle de convencionalidade nas cortes brasileiras. Como resultados finais, pode-se concluir que os tratados que versam sobre direitos humanos possuem invariavelmente *status* supralegal ou constitucional, estando sempre acima da legislação ordinária e em alguns casos possuindo caráter de Emenda Constitucional, provocando, paralelamente ao tradicional controle de constitucionalidade, uma nova forma de controle normativo, qual seja, o controle de convencionalidade. Esta nova forma de controle é exercida subsidiariamente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cabendo aos Estados principalmente o controle de convencionalidade, conforme estabelecido nos precedentes da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos e mesmo em decisões de tribunais brasileiros.

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: relampert@gmail.com.
[2] Doutor em Direito pela UFRGS. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: danielscunha@feevale.br.

A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS E A ORIGEM DO CONFLITO COM AS NORMAS DE DIREITO INTERNO

A primeira parte versa sobre as formas de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito brasileiro e a hierarquia entre estes tratados no ordenamento jurídico brasileiro.

FORMAS DE INCORPORAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Para incorporação dos direitos humanos no ordenamento jurídico interno, o Brasil dispõe de duas formas, sendo a principal delas a forma simples, abaixo esclarecida.

Começando pela fase de negociação, de acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 84, somente o Presidente da República possui competência para tal ato, podendo ser delegado através da carta de plenos poderes (BRASIL, 1998). Após, concluída a negociação e finalizado o texto do tratado, tem-se o momento da assinatura do tratado, em que fica expresso o consentimento. Tanto as negociações, quanto a assinatura do tratado, são de competência do Poder Executivo.

Ocorrida a assinatura do tratado, o Poder Executivo remete o inteiro teor do tratado, com a exposição de motivos do Ministro das Relações Exteriores para que seja apreciado e aprovado pelo Congresso Nacional (ARAUJO e ANDREIUOLO, 1999).

No Congresso Nacional a apreciação ocorre nas seguintes etapas: primeiramente discussão e votação na Câmara dos Deputados, sendo apreciado pela Comissão de Relações Exteriores, onde o texto é examinado por um relator, o qual dá seu parecer, que deverá conter um projeto de decreto legislativo. Este projeto de decreto legislativo será enviado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para que esta analise a constitucionalidade do tratado. Após a aprovação pelas duas Comissões, o projeto de decreto legislativo é votado em plenário, sendo aprovado em turno único, por maioria simples de votos, conforme disposição do artigo 47 da Constituição Federal, sendo, na sequencia enviado para aprovação pelo Senado Federal (BRASIL, 1998). No Senado Federal, é primeiramente discutido na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. Sendo examinado nesta Comissão, é incluído no plenário, onde é aprovado em um único turno, sendo o decreto legislativo encaminhado para a promulgação pelo Presidente do Senado no Diário Oficial da União (MAZZUOLI, 2002).

Uma vez sendo aprovado pelo Congresso Nacional, através de Decreto Legislativo, é devolvido ao Poder Executivo, para que este proceda a sua ratificação, que é ato privativo e discricionário do Presidente da República. É o momento em que ocorre o depósito do instrumento de ratificação ou a troca de notas diplomáticas. A ratificação é a confirmação de que o Estado se obriga ao tratado definitivamente, irradiando seus efeitos no plano internacional, e é irretratável e irretroativa (BRAGA, 2010).

Com a Emenda Constitucional de nº 45, de 08 de dezembro de 2004, veio a ser introduzido o §3º no artigo 5º da Constituição Federal, o qual traz outra forma de incorporação aos tratados de direitos humanos (BRASIL, 1988).

O rito de incorporação na forma do §3 inicia da mesma forma que o rito de incorporação simples, com a negociação, assinatura, e envio para o Congresso Nacional para apreciação. Aí que se tem a inovação trazida pelo §3°: Enquanto na incorporação simples a votação em plenário se dava através de maioria simples dos votos, neste rito é necessário que haja a aprovação em dois turnos e por três quintos dos votos dos respectivos membros de cada casa. Os tratados internacionais que foram incorporados neste rito, terão equivalência às emendas constitucionais (PORTELA, 2012).

POSIÇÕES HIERÁQUICAS DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS INCORPORADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ao realizar a análise da hierarquia existente entre tratados que versam sobre direitos humanos incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro e outras normas do direito brasileiro, é de suma importância iniciar com a análise da posição hierárquica no ordenamento interno brasileiro dos tratados em geral. Nos casos dos conflitos entre norma interna e norma internacional têm-se o disposto no artigo 27 da Convenção de Viena (BRASIL, 2009), diante disso para o direito internacional, as normas de âmbito internacional prevalecem sobre o ordenamento interno (PORTELA, 2012).

O Supremo Tribunal Federal adota como posicionamento, a prevalência da Constituição Federal como norma hierarquicamente superior, trazendo a seguinte fundamentação:

> Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que a discussão em torno do *status* constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional n° 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional n° 29/2000). A qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do §3° ao art. 5°, com a seguinte disciplina: "*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*" (BRASIL, 2008).

A partir de 1977 o STF passou a delegar aos tratados internacionais *status* infraconstitucional, tendo a mesma posição hierárquica que as leis ordinárias e sendo inferior a Constituição Federal. Em regra, não há primazia dos tratados internacionais no ordenamento interno brasileiro. Importante também ressaltar que os tratados incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro são submetidos aos critérios cronológicos e de especialidade (PORTELA, 2012).

Com a Emenda Constitucional de n° 45, foi inserido um novo status de tratados, os tratados com valor constitucional, os quais estão definidos no artigo 5°, §3° da Constituição Federal. Dessa forma, os tratados que versarem sobre direitos humanos e que forem aprovados na forma acima explicada passarão a possuir qualificação constitucional, integrando dessa forma o bloco de constitucionalidade (BRASIL, 2008) prevalecendo sobre eles a Constituição somente nos casos em que os referidos tratados vierem a restringir direitos previstos na Constituição Federal (GOMES; MAZZUOLI, 2009).

Como forma de trazer a questão dos conflitos entre norma interna e tratado internacional, importa analisar o Habeas Corpus 87.585-TO, o qual trata a respeito do conflito do preceito constitucional e do Código Civil que permite a prisão do depositário infiel (BRASIL, 1988) e os tratados internacionais: Pacto de San Jose da Costa Rica (BRASIL, 1992) e Pacto de Direitos Civis e Políticos (BRASIL, 1992), os quais foram incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro sob o rito simples e não autorizam a prisão por dívida (BRASIL, 2008) .

No que tange aos tratados de direitos humanos incorporados ao direito interno sob a égide do §2° do artigo 5°, possuem *status* supralegal, podendo ser elevados ao *status* de emenda constitucional através do §3° do referido artigo. Até então, irão permanecer hierarquicamente inferiores a Constituição Federal, essa é a posição defendida pelo Ministro Gilmar Mendes e que prevaleceu:

> Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei n° 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1.916 (BRASIL, 2008).

Após análise de todas as possíveis categorias de *status* dos tratados internacionais, uma coisa é evidente: os tratados que versam sobre direitos humanos possuem invariavelmente caráter supralegal ou constitucional, estando sempre acima da legislação ordinária e em alguns casos possuindo caráter de Emenda Constitucional (GOMES, 2009).

2 A PREVALENCIA DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS E A SOLUÇÃO DO CONFLITO COM AS NORMAS DE DIREITO INTERNO

O foco desta seção está centrado no controle de convencionalidade das normas de direito interno, o que é, de que forma se aplica e qual o objetivo, fazendo uso dos conhecimentos de doutrinadores especialistas sobre o instituto. Para a partir daí, analisar o exercício do controle de convencionalidade pelas cortes internas brasileiras.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS NORMAS DE DIREITO INTERNO

O controle de convencionalidade é um mecanismo de controle que visa analisar a compatibilidade vertical das normas do ordenamento interno com o ordenamento internacional. Estando as normas internas em desacordo com o ordenamento internacional, estas, apesar de continuarem vigorando no ordenamento jurídico, se de acordo com a Constituição Federal, deixam de possuir validade por estarem em desacordo com tratados ratificados pelo Brasil (MAZZUOLI, 2015). O termo controle de convencionalidade apareceu pela primeira vez em 2006, na sentença proferida pela Corte Interamericana no caso Almonacid Arellano vs. Chile. Antes disso, houve o caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala em 2003 (HITTERS, 2009) no qual, através do voto do Juiz Sérgio

Garcia Ramirez, tem-se a aplicação deste controle, porém ainda não com a nomenclatura controle de convencionalidade.

Já o controle de constitucionalidade é uma forma de proteção da Constituição Federal, garantindo que esta permaneça em sua posição de superioridade e supremacia sobre o restante do ordenamento jurídico. O controle de constitucionalidade é realizado através da análise de leis ou atos para que se verifique se estes estão de acordo com a Constituição Federal (CUNHA JUNIOR, 2016).

No controle de convencionalidade, diferente do controle de constitucionalidade, não basta para que seja declarada a inconvencionalidade que exista conflito entre o ordenamento interno e internacional, conforme esclarece Luiz Guilherme Arcaro Conci:

> Essa declaração de inconvencionalidade exige (a) além da contrariedade (b) que haja proteção menos efetiva ou restrições mais salientes aos direitos humanos pelo direito interno (leis, atos administrativos, sentenças judiciais, Constituição). Caso isso não ocorra, a mera contrariedade não importa inconvencionalidade (CONCI, 2015, p. 1468).

O controle de convencionalidade difere do controle de constitucionalidade também pelo fato de não haver análise de critério formal, mas, a validade depende da análise de critério material e tendo como fator decisivo a maior proteção da pessoa humana, visando em primeiro lugar a proteção da pessoa humana (CONCI, 2015).

O controle de convencionalidade se fundamenta na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seus artigos 1.1°, 2° e 63, que assim dispõe:

> 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.
> 2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.
> Artigo 2° - Dever de adotar disposições de direito interno
> Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.
> Artigo 63 - 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada (BRASIL, 1992).

No entendimento de Luiz Guilherme Arcaro Conci: "[...] o controle de convencionalidade se constrói a partir de três pressupostos: (a) efeito útil; (b) *pro homine*; (c) boa-fé ou *pacta sunt servanda*" (CONCI, 2015).

No Brasil, passou-se a adotar o controle de convencionalidade a partir da promulgação da Emenda Constitucional de nº 45, a qual inseriu o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal (MAZZUOLI, 2015). Por esse motivo, há a chamada dupla compatibilidade vertical, que é a compatibilidade entre a lei e a Constituição Federal e entre a lei e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Pode-se dizer que há dois limites verticais materiais, conforme Valério de Oliveira Mazzuoli (2015, p. 1.499-1.543):

> [...] dois limites verticais materiais, quais sejam: (a) a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional; e (b) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei interna poderá ser até considerada vigente por estar de acordo com o texto constitucional, mas não será válida se estiver em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm status supralegal).

No Brasil adota-se o controle de constitucionalidade de forma mista, também chamada de híbrida, forma que admite o controle pela via concentrada e difusa, conforme expõe Luís Roberto Barroso "há no Brasil o controle incidental, exercido de modo difuso por todos os juízes e tribunais, e o controle principal, por via de ação direta, de competência concentrada no Supremo Tribunal Federal" (BARROSO, 2012, p. 89). Já o controle de convencionalidade deve ser exercido através dos Estados por seus magistrados e através da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, o Brasil adotou o sistema misto de controle de convencionalidade, difuso, pois qualquer juiz pode realizar o controle de convencionalidade no que tange aos tratados internacionais incorporados ao ordenamento interno, e há o concentrado que somente pode ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal, aplicado nos casos dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e incorporados no rito do artigo 5º, §3º da Constituição Federal (MAZZUOLI, 2015). O controle de convencionalidade no âmbito nacional não está restrito às autoridades judiciais, podendo ser exercido também por aquelas que são aptas a realizar o controle de constitucionalidade como o poder legislativo e executivo do Estado (CONCI, 2015).

O controle de convencionalidade também é exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual exerce o controle de convencionalidade na forma concentrada. Em diversas de suas manifestações a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que o controle de convencionalidade deve primeiramente ser realizado pelos Estados em âmbito interno, evitando nos casos em que é possível, que se leve a Corte (HITTERS, 2015). É importante frisar que o controle de convencionalidade não é exercido somente em casos em que haja conflito, mas também em casos de consulta pelos Estados membros.

Antes de um caso ser enviado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, passa pela análise da Comissão de Direitos Humanos, a qual analisa se foram preenchidos todos os requisitos para que o caso seja enviado para a Corte. O principal requisito de admissibilidade de uma petição junto a Comissão de Direitos Humanos é o esgotamento dos recursos internos, o qual está previsto no artigo 46 (BRASIL, 1992) do Pacto de San Jose da Costa Rica, e artigo 31 (Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2009) do Regulamento da Comissão Interamericana de

Direitos Humanos. Para que a petição seja recebida pela Comissão é necessário que algum dos requisitos previstos no artigo citado esteja presente no caso (MAZZUOLI, 2010).

A Corte Interamericana mantém essa exigência de esgotamento dos recursos internos, mas, há certa flexibilidade da Comissão Interamericana ao analisar os casos, uma vez que em determinados casos os Estados impossibilitam o acesso das vítimas aos recursos internos (FIORATI, 2011). Havendo dessa forma, um dever para o Estado, que é fornecer recursos e outro dever para o indivíduo, qual seja, esgotá-los (TRINDADE, 1983).

Os Estados partes da Corte Interamericana de Direitos Humanos se comprometem a respeitar as normas e jurisprudência da referida Corte, uma vez que havendo leis contrárias a Convenção Americana de Direitos Humanos os Estados partes, ao anular as referidas leis, demonstram compromisso com o cumprimento dos direitos nela assegurados. Já quando não há esse compromisso, demonstra-se descaso e em consequência a violação dos direitos tutelados no tratado (RIVAS, 2012).

Ainda, quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos cria uma norma, esta possui efeito vinculante para todos os Estados que são partes, devendo ser adotadas por estes Estados. Havendo respaldo na jurisprudência internacional, para a obrigatoriedade do cumprimento das decisões da Corte, com base no princípio *pacta sunt servanda.* As sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direito Humanos possuem aplicação de forma vinculante ao caso concreto, mas em alguns casos possuem efeito *erga omnes* (HITTERS, 2015). Assim, como as normas internacionais que versam sobre direitos humanos são *erga omnes*, conforme Marcelo Pupe Braga esclarece "produzem efeitos em toda e para toda sociedade internacional" (BRAGA, 2010, p. 276).

No momento em que uma norma é declarada inconvencional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a mesma deve ser declarada inválida pelo Estado em questão. Quanto aos efeitos *ex nunc* ou *ex tunc a* Corte realiza a análise somente no caso concreto, para então determinar qual será o efeito aplicado, na maioria dos casos tem sido o efeito *ex tunc* (HITTERS, 2015).

POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELAS CORTES INTERNAS

Dos precedentes da Corte Interamericana, pode-se extrair como orientações para a aplicação da Convenção Americana pelos juízes nacionais e para o exercício do controle de convencionalidade pelos juízes locais, as seguintes: inexistência de modelo pré-estabelecido, subsidiariedade do sistema internacional, a interpretação conforme o tratado e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sob esse ponto de vista é que deve ser analisada a jurisprudência dos tribunais brasileiros e o controle de convencionalidade exercido, ou não, pelas cortes nacionais.

No Brasil o primeiro caso tratando de desacato e, consequentemente, havendo controle de convencionalidade, em que houve repercussão nacional, foi o seguinte caso no Estado de Santa Catarina. Tratou-se de denúncia realizada pelo Ministério Público contra Alex Sandro dos Santos Ferraz, pela prática dos crimes previstos nos artigos 329 e 331 do Código Penal. O juiz julgou a demanda improcedente, e declarou a incompatibilidade, com a Convenção Americana de Direitos

Humanos, do artigo 386 do CPP, que estabelece como crime o desacato (ESTADO DE SANTA CATARINA, 2012). Ao proferir a decisão o juiz levou em consideração decisões de outros Estados com relação ao crime de desacato:

> É certo que, paulatinamente, o entendimento emanado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverá repercutir na jurisprudência interna dos Estados americanos signatários do Pacto de São José da Costa Rica sobretudo em Estados que, como o Brasil, são também signatários da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, cujo art.27 prescreve que "uma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado." A título de exemplo, destaco que, precisamente pelos fundamentos alinhavados pela Comissão, a Suprema Corte de Justiça do Estado de Honduras, em 19 de maio de 2005, e a Corte de Constitucionalidade da República de Guatemala, em 1° de fevereiro de 2006, julgaram inconstitucionais os tipos penais dos respectivos ordenamentos jurídicos correlatos ao crime de desacato previsto na legislação brasileira (ESTADO DE SANTA CATARINA, 2012).

Posteriormente, foi interposta apelação defendendo a vigência do artigo 331 do Código Penal e condenação do denunciado. Ocorre que, em acórdão, o Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, assim se posicionou:

> Dessa forma, a tipificação da conduta de "desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela" pelo art. 331 do Código Penal não é incompatível com a Carta Política de 1988 nem com o Pacto de São José da Costa Rica. Pelo mesmo motivo, ainda que a referida normativa convencional sobre direitos humanos tenha sido incorporada ao ordenamento pátrio com status supralegal, não derrogou o crime de desacato. Descabido, ainda, o argumento de que a previsão estabelece um maior nível de proteção aos funcionários públicos do que aos cidadãos privados, porquanto não se tutela apenas o ocupante do cargo, como pessoa natural, mas a atividade por ele desempenhada, tanto que o delito está inserido no segmento que trata "dos crimes contra a Administração Pública" (Título XI da Parte Especial do Código Penal) (ESTADO DE SANTA CATARIANA, 2012).

Desta forma, o desembargador condenou o denunciado pelo crime de desacato, com reconhecimento da extinção da punibilidade em virtude da prescrição, declarando que este não conflitava com a Convenção Americana de Direitos Humanos (ESTADO DE SANTA CATARINA, 2012).

Ainda, com relação ao exercício do controle de convencionalidade é pertinente analisar o caso a seguir, se tratando de uma sentença proferida por juiz de primeira instância na qual o magistrado realiza o controle de convencionalidade. Trata-se de uma denúncia feita pelo Ministério Público por crime de desacato, previsto no artigo 331 do Código Penal (BRASIL, 1940) Em sentença o magistrado primeiramente realiza o controle de constitucionalidade, através do qual declara a inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que vai contra os artigos 5°, IV, V e IX e 220 da Constituição Federal (ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2016) Posteriormente, passa a exercer o controle de convencionalidade, através do qual expõe o conflito entre o referido dispositivo e o artigo 13 (BRASIL, 1992) da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 27, (BRASIL, 2009) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, e ainda conflitando com a "Declaração de princípios de liberdade de expressão" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000) que foi aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2000. Declarou a norma

inconvencional, mesmo permanecendo no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que haja a prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos (ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2016).

Justamente, pelo fato de permanecer em vigor no ordenamento jurídico brasileiro referido dispositivo, a Defensoria Pública da União e do Estado de São Paulo realizaram denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, devendo o Brasil em breve responder perante esta. Em sua decisão o magistrado assim fundamenta:

> Evidentemente, o Estado brasileiro, que aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos, está sujeito ao seu sistema de Justiça Internacional e deve observar a Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como as deliberações da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos. Nessa esteira, a interpretação e aplicação da legislação pátriapelo Estado Juiz deve passar não apenas por controle de constitucionalidade, mas também por controle de convencionalidade, sendo imperioso, como visto, o reconhecimento da inconvencionalidade e inconstitucionalidade do tipo penal em comento (art. 331 do CP), sob pena de violação ao direito fundamental e inalienável das pessoas à liberdade de expressão, que constitui fundamentos axiológico e ontológico da própria democracia (ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2016).

Desta forma, o magistrado declarou inconstitucional e inconvencional o dispositivo 331 do Código Penal, restando demonstrado neste caso, o exercício do controle de convencionalidade pelo juízo de primeira instância (ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2016).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Sul já se posicionou com relação a esta matéria, conforme caso que será analisado, o qual foi um caso importante com relação ao controle de convencionalidade do crime de desacato, visto que, neste caso, houve mudança de posicionamento. O réu havia sido condenado em primeiro grau pelo crime de desacato, previsto no artigo 331 do Código Penal, tendo como pena 06 meses de detenção, a qual foi substituída por prestação pecuniária. Porém, com base nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, interpôs apelação ao Tribunal de Justiça (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2016). O Relator do caso, Desembargador Luiz Antônio Alves Capra vinha se posicionando no sentido de que o crime de desacato não afrontava a Convenção Americana de Direitos Humanos. Em seu voto, afirma:

> O primeiro equívoco que verifico em relação ao posicionamento que anteriormente adotava diz não apenas com a completa desconsideração da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que na prática se operava como decorrência desse entendimento, mas igualmente com a colocação desta em posição de inferioridade em relação à Constituição Federal, quando, ao contrário, possui status constitucional, e ou em pé de igualdade com a legislação infraconstitucional, quando se afigura superior em relação a esta.(ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Restou, desta forma, o posicionamento no sentido de declarar a inconvencionalidade do artigo 331 do Código Penal, sendo o crime de desacato atípico. Assim, tem se mantido o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos casos de crime de desacato (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Através da pesquisa nos tribunais brasileiros, resta evidente que ainda não há consenso com relação à convencionalidade ou inconvencionalidade do crime de desacato, uma vez que alguns

juízes entendem pela inconvencionalidade, enquanto outros acreditam que o dispositivo é convencional e ainda outros se abstêm de realizar o controle, deixando a cargo do Supremo Tribunal Federal a incumbência de realizar o controle de convencionalidade.

Os 06 tribunais que já se manifestaram a respeito[3] divergem nos posicionamentos, estando os Tribunais do Estado de Mato Grosso, São Paulo e Tocantins declarando o dispositivo 331 do Código Penal convencional, enquanto o Tribunal do Rio Grande do Sul o declara inconvencional, e o Tribunal da Rondônia não realiza o controle de convencionalidade, alegando ser competência do Supremo Tribunal Federal. [4]

O caso analisado, trata de ocultação de cadáver da vítima Hirohaki Torigoe, o qual foi preso pelos agentes e levado para repartição, onde, dias depois, supostamente foi torturado até a morte. Com relação ao caso foram denunciados Carlos Alberto Brilhante Ustra e Alcides Singillo. A versão oficial seria de que a vítima foi morta ao resistir à prisão e por estar com documentos falsos, de modo que foi enterrado com este nome falso, Massahiro Nakamura, por ter tais documentos consigo. Porém, a tese que apresentou embasamento foi de que os militares sabiam sim a identidade da vítima e o enterraram com nome falso para dificultar sua localização (BRASIL, 2015). O voto condutor do acórdão nesse caso traz importante referência ao exercício do controle de convencionalidade pela Corte Interamericana e a subordinação do Brasil às decisões desta:

> Primeiramente, penso não haver dúvidas de que o Brasil está sujeito à jurisdição da Corte Interamericana, pelos atos de ratificação e reconhecimento da competência da Corte acima mencionados;
> - Por outro lado, entendo que a decisão do STF na ADPF 153, que considerou ter sido a Lei de Anistia recepcionada pela Constituição de 1988, não representa óbice ao cumprimento da decisão da Corte Interamericana;
> - Isso porque cabe precipuamente à Corte Interamericana o chamado "controle de convencionalidade" das leis e atos normativos que se mostrem incompatíveis com a Convenção Americana, controle este que também pode e deve ser exercido pela jurisdição nacional;

[3] Tribunais dos Estados do Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins.

[4] Pesquisa realizada em 16 de outubro de 2016, consultando a expressão "controle de convencionalidade", nos sites dos Tribunais Regionais Federais das cinco regiões, dos Tribunais de Justiça de todos os Estados da Federação, bem como do Distrito Federal, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Como resultado, a pesquisa identificou os seguintes dados: TRF 1ª região, TRF 2ª região e TRF 5ª região não foram encontrados resultados para a pesquisa no site dos tribunais. No TRF 3ª região foi encontrado 1 resultado, no TRF 4ª região foram encontrados 02 resultados. Nos Tribunais de Justiça dos Estados do Alagoas, Amapá, Amazonas, Ceará, Goiás, Maranhão, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Roraima, Santa Catarina e Sergipe não foram encontrados resultados para a busca. No Tribunal de Justiça do Acre foram encontrados 10 resultados para a busca, no Tribunal de Justiça da Bahia foram encontrados 02 resultados, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal encontrou-se 01 resultado, no Tribunal de Justiça do Espirito Santo foi encontrado 01 resultado, no Tribunal de Justiça do Mato Grosso foram encontrados 02 resultados, no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul foram encontrados 16 resultados, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais foram encontrados 72 resultados, no Tribunal de Justiça do Pará foram encontrados 12 resultados para a busca, no Tribunal de Justiça do Paraná encontrou-se 02 resultados para a pesquisa, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foram encontrados 50 resultados, no Tribunal de Justiça de Rondônia foi encontrado 01 resultado, no Tribunal de Justiça de São Paulo encontrou-se 10 resultados, no Tribunal de Justiça de Tocantins foram encontrados 02 resultados. Em consulta ao Superior Tribunal de Justiça foram encontradas 06 decisões democráticas. Em consulta ao Supremo Tribunal Federal encontrou-se 01 resultado.

> - A necessidade de compatibilidade normativa *tanto* com a Constituição Federal *quanto* com a Convenção Interamericana fica muito clara com a decisão do STF no HC 90172/SP, que culminou na Súmula Vinculante nº 25, que veda a prisão civil do depositário infiel. *Tal modalidade de prisão foi considerada incompatível com o Pacto de São José da Costa Rica, embora seja permitida pela Constituição brasileira.* Assim sendo, a Lei de Anistia pode igualmente mostrar-se compatível com a Constituição e incompatível com a Convenção;
> - Ademais, a adesão à Convenção levou ao reconhecimento de uma regra de competência - a da Corte Interamericana de Direitos Humanos - para apreciar soberanamente casos em que se alegue o descumprimento da Convenção;
> - Ainda nessa linha de raciocínio, é mister salientar que o Supremo Tribunal Federal reconhece aos tratados sobre direitos humanos, mesmo àqueles previstos no art. 5º, §2º, da Constituição, hierarquia supralegal;
> - Por fim, os autores mais abalizados do Direito Internacional afirmam que a obrigatoriedade de observância pelo Brasil ocorre tanto diante da coisa julgada quanto da "coisa interpretada", ou seja, o país deve aplicar o entendimento consagrado pela Corte a outros casos que envolvam a mesma matéria (BRASIL, 2015).

O Ministério Público requereu o exercício do controle de convencionalidade:

> Outrossim, o julgamento da ADPF não esgotou o controle de validade da Lei de Anistia, pois atestou a validade da Lei nº 6.683/79 com a Constituição da República brasileira, mas não em relação ao direito internacional. O STF efetuou o controle de constitucionalidade da norma de 1979, mas não se pronunciou a respeito da compatibilidade da causa de exclusão da punibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Ou seja, não efetuou - até porque não era esse o objeto da ação - o chamado "controle de convencionalidade" da norma (fl. 660v) (BRASIL, 2015).

Por fim, o STF entendeu que até que o Brasil se posicione de forma contrária a sentença da Corte no caso Guerrilha do Araguaia, deve-se cumprir a decisão desta Corte, a qual é dotada de força cogente e é vinculante. Importa ressaltar que, caso o Brasil resolva ir contra a sentença proferida pela Corte Interamericana, poderá ter como consequência, uma crise internacional (BRASIL, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como objetivo trazer uma análise dos critérios e instrumentos utilizados para solucionar os conflitos que possam existir entre o direito interno e os tratados internacionais de direitos humanos, bem como analisar os posicionamentos jurisprudenciais a respeito do assunto, especialmente no que diz respeito ao controle de convencionalidade.

Na primeira parte, ao analisar as formas de incorporação dos tratados verificou-se que os tratados de direitos humanos podem ser incorporados de duas formas no ordenamento interno brasileiro, de forma simples ou na forma do §3º do artigo 5º da Constituição Federal. O que difere as duas formas de incorporação é a votação no Congresso Nacional, pois na forma simples é realizada uma votação por maioria simples, enquanto na forma do §3º do artigo 5º é necessária a aprovação em dois turnos por três quintos dos votos dos membros de cada casa. Os tratados incorporados na forma simples possuem *status* supralegal e os tratados incorporados no rito do §3º

do artigo 5° *status* constitucional, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. Portanto, a partir do julgamento do 87.585-TO, firmou-se o entendimento de que os tratados de direitos humanos possuem obrigatoriamente *status* supralegal, (se incorporados pelo rito simples), ou constitucional (se aprovados pelo rito do §3° do artigo 5°).

Conclui-se, pois, que os tratados de direitos humanos estão sempre acima das leis ordinárias, o que enseja, necessariamente, uma nova forma de controle dessas normas ordinárias e sua submissão a tais tratados, o controle de convencionalidade, principal objeto de estudo da presente pesquisa.

Na segunda parte, objetivou-se trazer esta nova forma de controle, e a forma pela qual é exercida pelas cortes internas. Para tanto, primeiramente buscou-se esclarecer o que é o controle de convencionalidade. O qual assim como o controle de constitucionalidade analisa a compatibilidade vertical, porém, o controle de constitucionalidade analisa a compatibilidade formal e material, enquanto o controle de conveniconalidade somente a compatibilidade material. O controle de convencionalidade passou a ser reconhecido no Brasil, a partir da Emenda Constitucional de n° 45/2004. Para que uma norma seja declarada inconvencional, não basta somente que conflite com os tratados internacionais, mas também que demonstre menos proteção aos direitos da pessoa humana do que tais tratados.

O controle de convencionalidade é exercido de forma concentrada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e de forma difusa por qualquer juiz nacional diante de casos concretos. No âmbito nacional, o controle concentrado fica por conta do Supremo Tribunal Federal. Porém, para que se envie para a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é necessário primeiramente que haja o esgotamento dos recursos internos, uma vez que o controle por esta Corte é realizado de forma subsidiária.

Por fim, no que tange à análise do exercício do controle de convencionalidade pelas cortes nacionais do Brasil, em especial com relação ao crime de desacato restou evidente a discrepância das decisões, havendo juízes e desembargadores que entendem ser inconvencional tal norma, enquanto outros declaram convencional, e outros ainda se abstêm de realizar tal controle, deixando a cargo do Supremo Tribunal Federal o exercício deste controle.

Ao analisar caso de competência do Supremo Tribunal Federal, verificou-se que a Corte utilizou o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos em caso semelhante, aplicando desta forma o mesmo entendimento e reconhecendo a vinculatividade das decisões e jurisprudência da Corte Internacional no direito interno.

O controle de convencionalidade é, portanto, uma realidade do direito brasileiro, e os critérios e jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos devem ser os balizadores para a sua aplicação internamente, respeitando a subsidiariedade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e promovendo a efetivação dos tratados protetivos de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Nádia de; ANDREIUOLO, Inês da Matta. A internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAUJO, Nádia de (Org). **Os Direitos Humanos e o Direito Internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**,** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRAGA, Marcelo Pupe. **Direito Internacional Público e Privado.** 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm.>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 mai. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 10 mai. 2016.

BRASIL. **Recurso Extraordinário 466.343-1 SP.** Relator Ministro Cezar Peluso. Data de julgamento: 03 dez. 2008. Disponível em: file:///C:/Users/Cliente/Downloads/09%20-%20Jurisp%20-%20STF%20%20RE%20466373%20%20Supralegalidade%20dos%20%20Tratados%20de%20DH.pdf.>. Acesso em: 16 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 87.585**. Relator Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 03 dez. 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 07 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Recurso em Sentido Estrito n. 0004823-25.2013.4.03.6181/SP.** Relator Desembargador Federal André Nekatschalow. Data de julgamento: 16 jan. 2015. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/4013027>. Acesso em: 16 out. 2016.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão.** Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em:< http://www.cidh.org/basicos/portugues/u.regulamento.cidh.htm.>. Acesso em: 02 nov. 2016.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional.** Brasília, vol. 10, p. 1467-1497, ago, 2015. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015860 84783318a59da0&docguid=I505be43047cf11e59b47010000000000&hitguid=I505be43047cf11e59b4701000 0000000&spos=1&epos=1&td=5&context=651&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 set. 2016.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, 2003**. Disponível em:< http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=287&lang=es.>. Acesso em: 20 set. 2016.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Cuadernillo de Jurisprudencia de La Corte Interamericana de Derechos Humanos Nº 7.** Control de Convencionalidad, 2015. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf.

CUNHA JUNIOR, Dirley da, **Curso de Direito Constitucional,** 10. ed. Salvador: JusPodivi, 2016>. Acesso em: 20 set. 2016.

FIORATI, Jete Jane. A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais de proteção aos direitos humanos. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos.** Brasília: vol. 6, p.1263-1288, ago, 2011 Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000015820 4be313e8ca36d4&docguid=I68cdfdc0f25011dfab6f010000000000&hitguid=I68cdfdc0f25011dfab6f01000000 0000&spos=2&epos=2&td=64&context=7&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 30 out. 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Tratados Internacionais: Valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? **Revista de Direito.** São Paulo, vol. XII, n. 15, 2009.

HITERS, Juan Carlos. **Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparacion (**Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Santiago: vol. 7 N.2/2009, p. 109-128. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005.

HITTERS, Juan Carlos. Control de Convencionalidad (Adelantos y retrocesos). **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional.** Brasília: Vol. 10, p. 1427–1465, Ago. 2015. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015860 9adf21fd28e9af&docguid=I503b63e047cf11e59b47010000000000&hitguid=I503b63e047cf11e59b47010000 000000&spos=1&epos=1&td=4&context=712&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: Estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira**. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Processo Civil Internacional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Doutrinas Essenciais do Direito Internacional.** Brasília: vol. 3, p. 585-611, fev, 2012. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000015820 4be313e8ca36d4&docguid=Ifb606e802d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Ifb606e802d4111e0baf3000085 5dd350&spos=1&epos=1&td=64&context=7&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 30 out. 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional.** Brasília, vol. 10, p. 1499–1543, ago, 2015. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad 81816000001586076f6ce4ba5ae90&docguid=I55c16c1047cf11e59b47010000000000&hitguid=I55c16c1047 cf11e59b47010000000000&spos=13&epos=13&td=57&context=621&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 02 jul. 2016.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Processo nº 0013156-07.2015.8.19.0008**. Julgado em 05 julho de 2016. Disponível em:< http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2015.008.013042-4&acessoIP=internet&tipoUsuario=.>. Acesso em: 23 out. 2016

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 71005684618**. Relator Desembargador Luiz Antônio Alves Capra. Julgado em 25 abril de 2016. Disponível em:< http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D71005684618%26num_processo%3D71005684618%26codEmenta%3D6733155+%22controle+de+convencionalidade%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=71005684618&comarca=Comarca%20de%20Bento%20Gon%C3%A7alves&dtJulg=25/04/2016&relator=Luiz%20Ant%C3%B4nio%20Alves%20Capra&aba=juris.>. Acesso em: 02 nov. 2016.

RIVAS, Juana Maria Ibanez. Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuário de Derechos Humanos**. Chile: n. 8, 2012. Disponível em:< http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/20555.>. Acesso em: 22 set. 2016.

SANTA CATARINA. Comarca da Capital 4° Vara Criminal. **Ação Penal nº 0067370-64.2012.8.24.0023.** Juiz de Direito Alexandre Morais da Rosa. Julgado em 17 Março de 2015. Disponível em:< https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0N000MCYC0000&processo.foro=23&uuidCaptcha=sajcaptcha_c053ba47fcfc4163a853a98556b9677e.>. Acesso em: 23 out. 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação nº 0067370-64.2012.8.24.0023.** Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho. Disponível em:< https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0067370-64.2012&foroNumeroUnificado=0023&dePesquisaNuUnificado=0067370-64.2012.8.24.0023&dePesquisa=&uuidCaptcha=sajcaptcha_c03af1bf98dd461a97778201a5576666&vlCaptcha=mFMW&novoVlCaptcha=&pbEnviar=Pesquisar#?cdDocumento=32.>. Acesso em: 23 out. 2016.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O esgotamento dos recursos internos em experimentos contemporâneos das Nações Unidas de proteção dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/3600.pdf>..Acesso em: 18 set. 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** São Paulo: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1991. v. 1.

A CRISE DOS REFUGIADOS E OS DIREITOS HUMANOS

Bruno de Lima Silva[1]
André Rafael Weyermüller[2]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociedade apresenta uma série de relações complexas principalmente no âmbito internacional. Assim, os conflitos sempre fizeram parte na história da humanidade, principalmente quando países não chegavam a acordo sobre determinados assuntos. Com isso acabaram ocorrendo duas guerras mundiais e inúmeros conflitos menores, nos quais apareceu o pior do ser humano, principalmente o período da II Guerra Mundial como o Holocausto.

Neste contexto, após esses trágicos eventos que marcaram profundamente a comunidade internacional, emerge as Nações Unidas, criada para garantir a cooperação entre as nações, buscando o desenvolvimento mundial e a solução pacífica de conflitos. Essa organização preconiza impedir conflitos principalmente para impedir novas atrocidades.

Como este período foi de perseguição a milhões de pessoas, foram impelidas a migrar forçadamente de seus países, surgindo assim a figura dos refugiados. As Nações Unidas atribuíram ao Alto Comissariado para Refugiados (ACNUR) a missão de articular e coordenar ações de cunho internacional para garantir a para a proteção dos refugiados.

Atualmente o Oriente Médio, está sendo o centro dos conflitos devido ao fortalecimento no Estado Islâmico, assim como a crise na Síria. Com esses acontecimentos foi deflagrado um grade fluxo migratório, no qual as pessoas buscam salvar suas vidas fugindo da guerra, do terrorismo e das perseguições totalitárias, relembrando os acontecimentos ocorridos na II Guerra Mundial.

A comunidade internacional ao longo da história criou diversos diplomas internacionais de proteção aos refugiados, sendo o principal deles o Estatuto dos Refugiados elaborado em 1951 e aprovado em assembleia geral. Esse diploma é baseado no documento mais importante já elaborado pela ONU, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual traz em seu bojo o princípio de que os seres humanos, sem distinção, devem gozar dos direitos e liberdades fundamentais.

Neste sentido o presente analisa a situação dos refugiados na atualidade, a crise oriunda dos conflitos contemporâneos e a importância dos Direitos Humanos como forma de proteção internacional para os refugiados.

BREVE HISTÓRICO SOBRE MIGRAÇÕES

Durante a história humana sempre esteve presente o movimento, desde os povos nômades, os quais migraram para manter sua subsistência, até as grandes navegações no século XV e XVI, as

[1] Graduando em Direito pela Universidade Feevale. Email: brunolima.ambiental@gmail.com.
[2] Pós-doutor em Direito pela PUCRJ. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: andrerweyer@gmail.com.

quais buscavam novos territórios a serem explorados. Neste sentido, a criação e organização dos Estados nacionais deu origem ao surgimento do conceito de nacionalidade, que por sua vez, criou barreiras jurídicas aos deslocamentos humanos, quando antes eram somente as barreiras naturais que impediam tais migrações (LEAL *et al.,* 2014).

Franco (2015) destaca que as razões das migrações humanas são variadas, entretanto destaca como principais causas as guerras, perseguições ideológicas e religiosas, crises econômicas e os problemas ambientais, fenômenos que geram grandes fluxos migratórios. Cavarzere (1995) explica que o homem nunca deixou de se deslocar pelo mundo, sendo que as guerras, as crises políticas e econômicas, perseguições e outras causas impulsionaram o fenômeno, que faz parte da natureza humana.

Na atualidade, destaca-se a "crise migratória" ou "crise de refugiados". Essas denominações explicam o cenário global, onde as migrações atingiram dimensões globais (TAPPA, 2017). Esses deslocamentos causam interferência significativa no campo político, econômico, social e cultural sendo que esses indivíduos passaram a receber um tratamento diferenciado, o que produz implicações profundas na vida desses migrantes (SANTI PEREYRA, 2011).

O fenômeno da migração sempre afetou a humanidade conforme Goucher e Walton (2011, p. 14), para os quais "a migração é também uma das principais forças que moldaram a diversidade cultural e genética das populações humanas". De acordo com Castles (2000) os indicadores da globalização são os altos fluxos transnacionais, sendo que nesses fluxos enquadram-se bens, serviços, capital, poluição, ideias e pessoas. Neste sentido Bauman (1999) destaca que o mundo globalizado passou por diversos processos, onde o principal produto gerado foi a liberdade de deslocamento, acarretando em conexões ilimitadas entre os mais diversos povos, ocorrendo uma interdependência entre eles.

Neste contexto a globalização também relativizou a soberania dos Estados, principalmente em relação a garantia e proteção dos cidadãos e seus dados. Moreira e Martins destacam bem esse tema (2016, p. 138) ao explicar que a:

> [...] consequência desse cenário é o subdesenvolvimento dos direitos individuais e sociais dos cidadãos, a exclusão e o afastamento cada vez maior dos indivíduos de uma ordem globalgarantista de direitos civis e políticos. A postura que a nação-Estado assumiu no cenário global econômico abriu espaços para gerar as desigualdades sociais que afetaram diretamente os direitos fundamentais dos indivíduos, com o consequente aumento da exclusão social. As mudanças no mundo como efeito da globalização enfraquecem o poder político do Estado diante da macroeconomia de mercado, ao ponto de a transnacionalidade das relações comerciais submeterem os governos aos ditames da economia global.

Na era globalizada, ocorreu uma intensificação das relações sociais internacionais oriundas da relativização dos limites territoriais. Com isso, diferentes tipos de pessoas e países tiveram suas vidas influenciadas, sendo tal fenômeno denominado de migração global (GIDDENS, 2012). Outro ponto importante da era globalizada são os conflitos armados e os atentados terroristas contra os Estados Unidos em 2001 que deram origem a um sentimento generalizado de insegurança na comunidade internacional que vive um período de novos desafios e perigos. Verifica-se que esses acontecimentos políticos, econômicos, jurídicos e sociais, demostram uma realidade de inter-

relação entre os países no mundo globalizado, sendo que esses fatos influenciam diretamente a sociedade. Decorre disso a reafirmação do nacionalismo, do radicalismo e da xenofobia, onde as cultuas se fecham para a interação global (BAYLIS, SMITH E OWENS, 2017).

Segundo Reis (2011), as migrações são responsáveis por transformações significativas do mundo globalizado, tanto nas sociedades receptoras quanto nas originárias, tornando-se um tema estratégico e complexo das relações internacionais deste século, que traz em seu bojo diversas incertezas sobre a soberania do Estado. Emergem neste cenário, questões jurídicas importantes sobre os direitos dos imigrantes ou refugiados. Surge nesse cenário inquietante a questão dos refugiados, os quais também são uma categoria de migrantes, segundo Giorgio Agamben (1997, p. 142):

> [...] se os refugiados representam, no ordenamento do Estado-nação moderno, um elemento tão inquietante, é antes de tudo porque, rompendo com a continuidade entre homem e cidadão, entre nascimento e nacionalidade, eles põem em crise a ficção originária da soberania moderna.

De acordo com Pereira (2011, p.46) os Estados utilizam-se de elementos para subsidiar medidas de controle, sendo um desses elementos a nacionalidade, que "é uma ficção criada pela humanidade, atrelada a ideia de "cidadania", que surgiu na idade antiga, onde apenas eram considerados cidadãos homens e proprietários de terras". O movimento de pessoas de uma determinada região para a outra, com ânimo de viver em outro local chama-se de migração. Esse fenômeno pode ocorrer dentro do próprio país e assim é denominado de migração interna. Já quando as pessoas deslocam-se para fora de seu país de origem para outro é considerada de migração internacional onde ocorre a condição de refugiado (MILESI, AMBROS, 2005). Giddens (2012) aponta uma nomenclatura diferente para tais fenômenos, destacando que a imigração é o processo de entrada das pessoas que deixam seu país para viverem em outro; já a emigração é o processo no qual as pessoas desloca-se para outros países com ânimo definitivo.

De acordo com Cahali (2011) o grande fluxo migratório faz com que os Estados receptores criem regras para controlar tal fenômeno, proporcionar aos imigrantes condições mínimas para satisfazer os seus interesses. Proibir a entrada de indivíduos no país é um ato de soberania e legitimado pelo direito internacional. Entretanto, cabe destacar que com o fenômeno migratório os Estados formularam regras de controle e discursos sobre imigrantes "ilegais" são passíveis de deportações. Nos Estados Unidos utilizavam-se muito desse mecanismo de controle, ocorrendo uma intensificação após a I Guerra Mundial. Esse fenômeno desencadeou um processo de reafirmação do nacionalismo e políticas contra os estrangeiros (NGAI, 2008). Essa construção acompanha as migrações até hoje, assim cabe destacar Agamben (1997, p.130) que defende que "[...] no sistema de nação-estado, os assim chamados direitos sagrados e inalienáveis do homem se mostram como vazados de qualquer proteção e realidade no momento em que eles não mais têm a forma de direitos pertencentes aos cidadãos de um Estado".

Frente a esse cenário mundial globalizado Pereira (2011) salienta a existência de uma crise na efetividade dos direitos humanos oriunda de uma crise humanitária de refugiados. Neste sentido, o maior problema a ser superado é a intolerância, a qual cria mais que simples fechamentos de

fronteiras físicas ou territoriais, mas legitima aos Estados utilizarem diversos argumentos para barrarem os imigrantes indesejados.

REFUGIADOS

O termo refugiado ganha destaque principalmente porque pessoas precisam deixar seus países de origem por causa de questões sociais, políticas, econômicas e ambientais. Neste sentido explica Marcolini (2003), que esse termo foi utilizado pela primeira vez durante a guerra religiosa na Europa durante o século XVII, onde a igreja católica e protestante oferecia proteção a seus seguidores tendo em vista que o rei Luís XIV, em 1685, revogou o Edito de Dantes, documento que garantia a liberdade religiosa na França a partir do século XVI. Por outro lado, Jean (1997), defende que o termo foi utilizado pela primeira fez quando o rei da França forneceu proteção aos holandeses, os quais eram perseguidos no século XVI pela Espanha por causas religiosas.

No entanto, é no fim da I Guerra Mundial que o termo é conhecido por toda a comunidade internacional, onde assombrosas massas humanas se deslocaram por toda a Europa. Esse fenômeno demonstrou a dimensão da problemática que envolve os refugiados (BAPTISTA, 2016). Hannah Arendt (1974, p. 326), a qual teve que fugir da Alemanha para a França em 1933 devido às perseguições as pessoas judaicas, relata bem esse problema e suas consequências, as quais deixam marcas definitivas nas pessoas afetadas:

> A primeira perda que sofreram essas pessoas privadas de direito não foi a da proteção legal, mas a perda dos seus lares, o que significava a perda de toda a textura social na qual haviam nascido e na qual haviam criado para si um lugar peculiar no mundo. Essa calamidade tem precedentes, pois na história são corriqueiras as migrações forçadas, por motivos políticos ou econômicos de indivíduos ou de povos inteiros. O que era sem precedentes não era a perda do lar, mas a impossibilidade de encontrar um novo lar.

Neste contexto nota-se que os refugiados ao deixarem seus países de origem sofrem diversas violações que podem ser de natureza jurídica, cultural, religiosa, moral, econômica entre outras, sendo que muitas vezes os refugiados enfrentam preconceito pelas pessoas dos países receptores nos quais vão buscar refúgio. Importante diferenciar que nem sempre as migrações são forçadas. Assim como ensina Jubilut e Apolinario (2010, p. 276) o refugiado é forçado a deslocar-se por causa de "fatores externos à sua vontade, já o migrante deseja esse deslocamento para outro local, geralmente em busca de trabalho ou condições melhores de vida, muitas vezes esse é chamado de trabalhador migrante".

As atrocidades realizadas durante a II Guerra Mundial transformaram de maneira significativa a comunidade internacional, tornando-se o centro de discussão o conceito de dignidade humana. Durante a guerra o fenômeno de refugiados agravou-se muito porque milhões de pessoas fugiram, sobretudo da perseguição racial nazista (BARROSO, 2013).

Após o Holocausto na Europa a comunidade internacional concebeu a Organização das Nações Unidas baseada na carta de São Francisco. Nesse documento teve-se "pela primeira vez na história do Direito, a proibição da guerra como forma legitima de resolução dos conflitos" (ALMEIDA,

2001, p. 58). Percebe-se assim que um dos principais objetivos da ONU é criar uma nova ordem internacional resolvendo os conflitos de forma pacifica através da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ocorrendo assim a tentativa de internacionalização e universalização dos direitos humanos. Assim todos os homens tornaram-se sujeitos de direito aos olhos do direito internacional e com isso "adquiriram uma nova cidadania, a cidadania mundial, e, enquanto tais, tornaram-se potencialmente titulares do direito de exigir o respeito aos direitos fundamentais contra o seu próprio Estado" (BOBBIO, 2004, p.55).

Immanuel Kant (1989) já defendia que o Direito seria a solução para os conflitos internacionais, ou seja, o Direito seria o mecanismo transformador que atuaria sobre os Estados gerando então a denominada por ele como Paz Perpétua. Este conceito somente seria atingido quando os indivíduos respeitassem aos princípios e normas estabelecidas em um tratado de paz fictício. Porém, o adjetivo perpétua, diferencia o tratado de paz citado acima daqueles que são habitualmente assinados, os quais são artifícios para cessar a hostilidade ou violência entre os inimigos.

Ainda com na linha de Kant (1989), sintetiza que o Direito Interno de um Estado deve ser da forma republicana, pois isto dificultaria uma declaração de guerra. Neste regime prevalecem os interesses públicos e não a vontade de um soberano. Já o Direito Internacional deve fundar-se numa Federação de Estados livres.

Neste sentido, faz parte da natureza humana buscar mudanças utilizando-se do direito de liberdade para perseguir seu conceito de felicidade. Porém, o problema central é quanto esse deslocamento é decorrente de pressões alheias à sua vontade. Esse fenômeno arbitrário afronta à dignidade humana e, com isso, surgiram dois institutos jurídicos que visam proteges estes indivíduos, o asilo e o refúgio (ASAKURA, 2016).

CONFLITOS ARMADOS E REFUGIADOS

De acordo com Kaldor (1999) o cenário mundial de conflitos é amplamente complexo e, com isso, os Estados não são mais os únicos protagonistas dos conflitos contemporâneos, ocorrendo uma teia de reações internacionais interdependentes. A globalização potencializou a transformação da natureza das relações sociais como destaca Keohane (2002). Essas relações e suas variáveis ganharam o *status* de ameaças transnacionais, pois podem atuar em qualquer local, sendo provenientes de qualquer lugar do mundo.

O início do século XXI presenciou o aumento no volume de fluxos migratórios internacionais. Esses movimentos migratórios possuem uma complexidade sem precedentes históricos, somada com enormes mudanças e incertezas a nível global. Em 2001 os fluxos migratórios atingiram de forma significativa questões de segurança internacional ligados ao controle de circulação de pessoas entre fronteiras territoriais (NICOLAU, 2016).

Na contemporaneidade, Manwaring (2011) enumera como principais ameaças: 1) atores não estatais hegemônicos (insurgentes, organizações criminosas transnacionais, terroristas); 2) ameaças indiretas à estabilidade e bem-estar do ser humano (pobreza, exclusão social, degradação ambiental). Emerge nesse contexto a crise migratória com as dificuldades dos Estados europeus

em lidarem com a situação de acolhimento dos refugiados de maneira efetiva e em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos, especificamente em seu artigo 14 (ONU, 1948) e com a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 (ONU, 1951).

Calfat (2015, p. 7) esclarece como foi possível o fortalecimento do Estado Islâmico e o aumento dos conflitos, gerando esse estado de emergência no Iraque e na Síria:

> [...] o Estado Islâmico do Iraque e do Levante é fruto da exclusão de importantes forças políticas iraquianas com a queda de Sadam Hussein; do vácuo político que se instaurou em importantes regiões na Síria a partir da Guerra Civil de 2011 e reflexo de um longo ciclo de violência endêmica na região.

A Síria está no centro dos conflitos contemporâneos, sendo o país de origem da maioria dos refugiados na atualidade. O alto comissário das Nações Unidas para refugiados, Sr. Filippo Grandi, declarou que "a Síria é a maior crise humanitária e de refugiados do nosso tempo, que continua causando sofrimento para milhões de pessoas e que deveria atrair o apoio de todo o mundo" (ONU, 2016). Os países europeus têm grande dificuldade em lidar com o grande fluxo migratório. Destaca-se que esse cenário coloca os refugiados em uma situação de vulnerabilidade, levando essas pessoas com frequência a embarcarem em viagens arriscadas para a Europa expondo-se a diversos tipos de perigos. Conforme a ONU (2016), "cinco anos depois, o conflito da Síria gerou 4,8 milhões de refugiados nos países vizinhos, centenas de milhares na Europa e 6,6 milhões de pessoas deslocadas dentro da Síria, sendo que a população antes da guerra era de mais de 20 milhões".

De acordo com De Oliveira (2016) a palavra "crise" sempre emerge em um momento de distúrbio, desordem ou desequilíbrio, assim a crise migratória europeia enquadra-se no sentido de mudanças de natureza sociocultural e política, a partir da chegada inumerável de migrantes e refugiados em países europeus. Nesse sentido, primeiramente ocorre a mudança da conjuntura (A) para a conjuntura (B) de aumento exponencial de descolamento de migrantes e refugiados esses eventos são sempre marcados por tensões, tragédias, mortes e violência. Assim, segundo De Oliveira (p. 202, 2016):

> para além da mudança conjuntural de aumento do fluxo migratório, usamos a expressão "crise migratória europeia" para designar as notáveis consequências políticas, econômicas, sociais e culturais que o aumento do fluxo migratório ocasionou. Enfatizamos que tal estado de "crise" tem envolvido, sobretudo, situações de violação de direitos humanos.

O relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) é alarmante. Dos 65,3 milhões de pessoas consideradas deslocados forçados ao redor do mundo (nesta categoria encontram-se os refugiados), sendo que 21,3 milhões já foram reconhecidos como refugiados e 3,2 milhões já solicitaram refúgio e, finalmente, 40,8 milhões são "deslocados internos". Segundo a Organização Internacional para as Migrações, dos migrantes que existem no mundo, 244 milhões são "migrantes internacionais" (ou seja, que nasceram em um país diferente do qual eles residem) e 740 milhões são "migrantes internos" (especialmente deslocamentos do campo à cidade) (ONU, 2015b). O relatório do ACNUR (2015a) mostra que a população de refugiados e deslocados internos cresceu em todas as regiões do mundo. Nos últimos cinco anos, pelo menos 15 conflitos se iniciaram ou foram retomados: oito na África (Costa do Marfim, República Centro

Africana, Líbia, Mali, nordeste da Nigéria, República Democrática do Congo, Sudão do Sul e Burundi); três no Oriente.

O relatório do ACNUR, (2015a) indica que 13,9 milhões de pessoas se somaram ao contingente de novos deslocados, apenas em 2014, quatro vezes mais que no ano de 2010. Em todo o mundo, foram contabilizados 19,5 milhões de refugiados (acima dos 16,7 milhões de 2013), 38,2 milhões de deslocados dentro de seus próprios países (contra 33,3 milhões em 2013) e 1,8 milhão de solicitantes de refúgio (em comparação com 1,2 milhão em 2013). Conforme o mesmo relatório, são quase 60 milhões de pessoas que se deslocam e o processo continua acelerando-se. São originários da guerra civil na Ucrânia, das travessias no Mediterrâneo (219 mil pessoas) e do grande número de refugiados sírios na Turquia, que, em 2014, se tornou o país que acolhe a maior população de refugiados no mundo, com 1,59 milhão de sírios. Já na União Europeia, a maioria das solicitações de refúgio foi feita para a Alemanha e Suécia. Em geral, o deslocamento forçado na Europa totalizou 6,7 milhões de pessoas no final do ano de 2014, comparado com os 4,4 milhões registrados ao final de 2013. Quase 25% desta população são de refugiados sírios na Turquia.

O conflito na Síria, até o final do ano passado atingiu 400 mil vítimas fatais e cerca de 4,8 milhões de pessoas refugiadas, essa crise estende-se aos países vizinhos demostrando a gravidade do cenário atual. A Turquia abriga 2,5 milhões de refugiados sírios, o Líbano, cerca de 1,14 milhão, a Jordânia tem 635 mil e Iraque tem 245 mil, entretanto esse país possui 3,9 milhões de iraquianos deslocados internos em razão do longo conflito no próprio país e o Egito, 117 mil sírios (ONU, 2016). Com esses dados é visível o cenário de crise mundial.

DIREITOS HUMANOS DOS REFUGIADOS

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental para uma compreensão plena dos direitos atribuídos aos refugiados. Nesse sentido Arendt (1979, p. 330), traz com solidez e seriedade o alcance deste princípio para o ordenamento jurídico internacional ao afirma que "o homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana". Partindo desse conceito, faz-se necessário uma compreensão dos direitos humanos que vão lastrear o direito dos refugiados. Essa orientação está baseada na concepção kantiana conforme refere Sarlet (2007, p.68) no sentido de que "o homem, e, duma maneira geral todo o ser racional existe como fim em si mesmo" sendo assim ser humano é o único requisito para a concessão de direitos".

Essa mudança colocando o homem como centro das discussões jurídicas foi um avanço significativo no direito internacional, mas especificamente nos denominados direitos humanos oriundos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Conforme ensina Trindade (2000) esse documento elucidou uma série de direitos fundamentais básicos, permitindo uma equiparação comum entre membros de diferentes comunidades internacionais, destacando que o ser humano estaria acima dos interesses políticos dos Estados. Segundo Barroso (2013, p. 72), esse processo de reconhecimento do princípio da dignidade humana é histórico e transformador já que essa orientação jurídica "se tornou um consenso ético essencial no mundo ocidental, reforçando a rejeição moral ao desastre representado pelo nazi-fascismo".

Esse documento traz em seu bojo o direito de asilo, positivado no artigo 14, mostrando uma estrita relação entre o direito dos refugiados e os direitos humanos, neste sentido preceitua Piovesan (2012, p. 203):

> Quando se relaciona refugiados e direitos humanos, imediatamente percebe-se uma conexão fundamental: os refugiados tornam-se refugiados porque um ou mais direitos fundamentais são ameaçados. Cada refugiado é consequência de um Estado que viola os direitos humanos. Todos os refugiados têm sua própria história – uma história de repressão e abusos, de temor e medo. Há que se ver em cada um dos homens, mulheres e crianças que buscam refúgio o fracasso da proteção dos direitos humanos em algum lugar.

Por sua vez o instituto do refúgio é datado do XX, considerando que são perseguidos em seu Estado de origem por motivos civis ou políticos abarcando os elementos como nacionalidade, religião, raça, opinião política, sendo que o asilo tem seu exercício restrito à perseguição política (LIPPSTEIN, 2013). Nesta teia de relações internacionais, subsidiado pelo alto número de pessoas perseguidas na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, a ONU definiu de forma restritiva e taxativa o conceito de refugiado, visto que seria impossível uma qualificação individual por meio do instituto do asilo (JUBILUT, 2007).

A condição de refugiado é regulada no Direito Internacional pela Convenção de Genebra de 1951, em seu art. 1º, A, nº 2, nos termos das alterações promovidas pelo Protocolo Adicional à Convenção de 1967. Conforme o Estatuto dos Refugiados considera-se refugiado qualquer pessoa

> que temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (ONU, 1951).

Como sintetizam Cardin e Da Silva (2016), os refugiados na maioria das vezes passam por um processo complexo de estigmatização no país receptor, sendo excluídos e marginalizados principalmente nos aspectos culturais por uma sociedade historicamente excludente. Neste sentido afirma Bedin (1998) com o processo de universalização dos direitos humanos, houve uma pequena flexibilização no conceito de soberania dos Estados, pois com a possibilidade de pactos e declarações internacionais, a proteção dos indivíduos tornou-se imprescindível mesmo fora de seu país de origem, além de ter conferido capacidade processual em âmbito internacional.

Apesar de muitas diferenças, existe um reconhecimento e respeito universal dos indivíduos, onde que nenhum ser humano pode afirmar-se superior aos demais, sendo que a ciência jurídica é a principal responsável em manter esse preceito universal através das instituições jurídicas nacionais e internacionais (COMPARADO, 2013). Ainda com as ideias de Comparato (2013), essa convicção que todos os seres humanos são iguais e sujeitos de direitos está vincula a lei escrita, a qual é uniforme e igualmente aplicada a todos os indivíduos. Trata-se de uma instituição capital de suma importância para o ordenamento jurídico-político, relembra ainda que na democracia ateniense as leis escritas já superavam a soberania do indivíduo.

Bonavides (2015) explica que a Alemanha nazista foi um exemplo claro da utilização do positivismo normativo defendido por Kelsen, indicando que as consequências desses atos foram inconcebíveis, demostrando como as ditaduras totalitárias se utilizaram de bases jurídicas para subsidiarem atos de poder, mesmo aplicados contra a vida. Neste sentido, o direito internacional deve ter como base os direitos humanos para direcionar as normas jurídicas visando que novas atrocidades sejam evitadas pelo ordenamento jurídico internacional (BONAVIDES, 2015).

Conforme preceitua Rezek (2013, p. 25) o direito internacional público "é um sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre Estados soberanos". Assim, esse ramo do Direito atua de forma normativa nas relações exteriores entre protagonistas internacionais, ou seja, um "arcabouço jurídico que norteia as relações exteriores entre os sujeitos que integram a sociedade é o que se pode denominar de direito internacional público" (MAZZUOLI, p. 30).

Paula (2014) conceitua com o princípio do *non refoulement*, os Estados estão impedidos seja de forma individual ou coletiva de violarem esse princípio, que por sua vez atingiu o status de norma *jus cogens*, ou seja, norma imperativa, na qual os Estados estariam proibidos de violar. Vários outros instrumentos internacionais, vinculantes e não vinculantes, reafirmaram este princípio, demonstrando as várias ações para a proteção tanto dos refugiados quanto dos direitos humanos (PAULA, 2014). Neste sentido, os Estados devem incorporar os direitos humanos, sendo estes fundamentais a todo e qualquer ser humano, ou seja, uma espinha dorsal jurídica que não pode ser violada, pelos ordenamentos jurídicos existentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento migratório sempre fez parte da história humana. Esse fluxo aumenta significativamente em momentos de crise e principalmente nos momentos de guerras.

A região do Oriente Médio está no centro dos conflitos, principalmente a partir da chamada Revolução Árabe. Atrelado a isso as guerras do Iraque e Afeganistão, o fortalecimento do Estado Islâmico e a guerra civil na Síria. Essas guerras conjuntamente com atos terroristas colocam muitas vidas em risco, assim as pessoas buscam algum tipo de proteção. Essas pessoas, juridicamente são classificados como refugiados por força da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, o qual visa proteger e garantir direitos.

Destacam-se as ações de duas instituições internacionais o ACNUR e a Organização Internacional para Migração (OIM). O ACNUR tem a atribuição deconduzir e coordenar as ações internacionais para proteção dos refugiados e a busca por soluções duradouras para essa problemática. A principal missão do ACNUR é assegurar os direitos e o bem-estar dos refugiados.

A OIM é a principal organização intergovernamental mundial em migrações e também foi criada em 1951 pela ONU. Essa instituição trabalha em parceria com os governos, organizações e a sociedade civil para, com isso, conseguir enfrentar os desafios impostos pela migração. Possui 166 Estados-membros, com aproximadamente nove mil funcionários e dedica-se à promoção de uma migração humana e ordenada para o benefício de todas as nações, fornecendo assistência e assessoramento a governos e migrantes.

Contudo, a internalização dos direitos humanos, tanto pata os refugiados como para os migrantes, devem ser observadores pelos Estados receptores, não sendo aceitável a criação de barreiras discriminatórias, assim como violação direta ou indireta aos direitos fundamentais dos seres humanos.

Vivencia-se uma grave realidade de crise humanitária que precisa ser enfrentada com urgência pelos Estados e pelos organismos internacionais que trabalham pela efetividade dos direitos humanos das pessoas que vivem em situação de extrema vulnerabilidade em virtude de sua condição de refugiado.

Inadmissível permitir que os erros do passado sejam repetidos nos dias atuais mesmo com toda a experiência histórica negativa que a sociedade global acumula. Superar as dificuldades e as diferenças entre as nações é um fator determinante para garantir a efetividade dos direitos humanos aos refugiados.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer I**: Le pouvoirsouverainetlavienue. Paris: Seuil, 1997.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Direitos Humanos e Não-Violência.** São Paulo: Atlas, 2001

ASAKURA, Patrícia Naomi. SANTIN, Valter Foleto. THEODORO, Marcelo Antonio. **Revista Paradigma.** Ribeirão Preto-SP, a. XXI, v. 25, n. 1, p. 231-244 Jan/jun, 2016. Disponível em:<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/issue/view/34/showToc>. Acesso: 10 de mar. 2017.

BAPTISTA, Dulce Marinho Tourinho. LISBOA, Marijane Vieira. União Europeia, Seus Imigrantes e Direitos Humanos. **Cadernos do CEAS: Revista crítica dehumanidades**. n. 239, p. 973-993, 2016. Disponível em: <https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/296/245>. Acesso em: 05 mar. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Brasileiro**. A construção de um Conceito Jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAYLIS, John; SMITH, Steve; OWENS, Patricia. **The Globalization of World Politics** : an introduction to international relations. 7. ed. New York : Oxford University Press, 2017.

BEDIN, Gilmar Antônio. **Os direitos do Homem e o Neoliberalismo**. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CALFAT, Natalia Nahas. O Estado Islâmico do Iraque e do Levante: fundamentos políticos à violência política. **Revista Conjuntura Austral**, Porto Alegre, v.6, n.31, p. 6-20, ago/set. 2015. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/ConjunturaAustral/article/view/53819/35028>. Acesso em: 05 mar. 2017.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; DA SILVA, Flávia Francielle. Dos Direitos Culturais e dos Direitos Humanos: da Estigmatização do Refugiado à Construção do Diálogo Intercultural. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, v. 2, n. 2, p. 78 - 99, 2017. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/direitointernacional/article/view/1649/pdf>. Acesso em: 08 mar. 2017.

CASTLES, Stephen, MILLER, Mark. J. **The age of migration**: international population movements in the modern world. 3.ed.New York: PalgraveMacmillan, 2003.

CASTLES, Stephen. International Migration at the Beginining of the Twenty-First Century: Global Trends and Issues. **International Social Science Journal**, v. 52, n. 165, p. 269-281, 2000. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/issj.2000.52.issue-165/issuetoc >. Acessoem: 04 mar. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE OLIVEIRA, Daniela Cristina Neves. A atual crise migratória europeia à luz do pensamento de John Rawls. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**. Bauru, v. 4, n. 2, p. 201-222,jul/dez 2016. Disponível em: <http://www2.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/397/186>. Acesso em: 03 mar. 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor Souza. Mobilidade Humana e Futuro do Trabalho: Efeitos da Globalização. **Revista Direito UFMS**. Campo Grande, v. 1, n. 1, p. 187-198. 2015. Disponível em: <http://www.seer.ufms.br/ojs/index.php/revdir/article/view/1239/790>. Acesso em: 03 mar. 2017.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed**.**Porto Alegre: Penso, 2012.

GOUCHER, Candice; WALTON, Linda. **História Mundial**: jornadas do passado ao presente. Tradução de Lia Gabriele Regius Reis. Porto Alegre: Artmerd, 2011.

HANNAH, Arendt. **Origens Do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras,1974.

JEAN, François. The plight of the world's refugees: at the crossroads of protection. In: Médicins sans frontières/doctors without borders. **World in Crisis: Populations in Danger at the End of the 20th Century.** Londres: Routledge. p. 42 -57, 1997.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos refugiados e sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINARIO, Silvia Menicucci. O. S. A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, jun. 2010. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322010000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 mar. 2017.

KALDOR, Mary. **New and old wars**: organized violence in a global era. Stanford: Stanford University Press, 1999.

KANT. Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 1989.

KEOHANE, Robert. The globalization of informal violence, theories of world politics and the "liberalism of fear". **Dialogue IO**. v. 1, n. 1, p. 29-43, jan. 2002. Disponível em:<https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/S7777777702000031>. Acesso em: 11mar. 2017.

LEAL, Amanda et al., A Questão dos Refugiados e a Proteção do Direito Internacional Público. **Caderno de Graduação Ciências Humanas e Sociais**.Maceió, v. 2, n. 2, p. 55-72, nov., 2014. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/fitshumanas/article/view/1679/1061>. Acesso em: 06 mar. 2017.

LIPPSTEIN, Daniela; GOMES, Daniela. A proteção político-jurídica do refugiado ambiental. **Revista Direito em Debate**, v. 22, n. 40, p. 155-192, 2013. Disponível em:<https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/1724/248>. Acesso em: 06 mar. 2017.

MACHADO, Juliano. Pedidos de asilo na Europa em 2015 mais que dobram em relação a 2014. Folha de São Paulo. São Paulo, 4 mar. 2016. Disponível em: <http://www.folha.uol.com.br/>. Acesso em: 07 mar. 2016.

MANWARING, Max G. **The strategic logic of the contemporary security dilemma**. Carlisle: StrategicStudiesInstitute, 2011. Disponível em: <http://oai.dtic.mil/oai/oai?verb=getRecord&metadataPrefix=html&identifier=ADA

MARCOLINI, Adriana. As perspectivas para os refugiados no século XXI. In: MILESI, Rosita (Org). **Refugiados**: realidade e perspectivas**.** Brasília: CSE/IMDH; Edições Loyola. p. 197- 210, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, Glauco R. M; MARTINS, Flademir, J. B. **O Fenômeno da Globalização e as Relações de Poder na Sociedade de Consumo**: Controle e Exclusão Social. In: XXV Encontro Nacional do CONPEDI. Direito Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo. Florianópolis, 2016 Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/1q6l85u4/ptQL4MaAH0wWyZ8G.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2017.

NGAI, Mae. A estranha carreira do imigrante ilegal: restrições à imigração e política de deportação nos Estados Unidos, 1921-1965.***Tempo***. Niterói, v. 13, n. 25, p. 5-36, 2008. Disponível em: Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042008000200002>. Acesso em: 07 mar. 2017.

NICOLAU, Paulo Alexandre Nunes. **Fluxos migratórios e desafios de segurança: a circulação de pessoas nas fronteiras aéreas portuguesas**. 2015. 412 f. Tese (Doutorado em Relações Internacionais). Universidade Luisiana de Lisboa. Portugal, Lisboa, 2015. Disponível em: <http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/2456/4/dri_paulo_nicolau_tese.pdf>. Acesso em:

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto comissário das Nações Unidas para Refugiados. **Global Trends**: Forced Displacement in 2015a.Disponívelem: <http://www.unhcr.org/576408cd7.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Cinco anos de conflito na Síria: crise de refugiados e deslocados clama por solidariedade**. Nações Unidades, 15 mar. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cinco-anos-de-conflito-na-siria-crise-de-refugiados-e-deslocados-clama-por-solidariedade/>. Acesso em: 10 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados 1951**. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em: 06 mar. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização Internacional para Migrações. **Global MigrationTrends**. 2015b. Disponível em: <https://publications.iom.int/system/files/global_migration_trends_2015_factsheet.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

PAULA, Bruna Vieira de. O princípio do non-refoulement, sua natureza jus cogens e a proteção internacional dos refugiados. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.** Fortaleza: IBDH, ano, v. 7, p. 51-67, 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28151.pdf>. Acesso em: 11mar. 2017.

PEREIRA, Gustavo de Lima. **Direitos Humanos e hospitalidade**: a proteção internacional para apátridas e refugiados. São Paulo: Atlas, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REIS, Rossana. Rocha. A política do Brasil para as migrações internacionais. **Contexto Internacional**. Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 47-69, jan/jun, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cint/v33n1/v33n1a03.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2017.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed., rev. aumen. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTI PEREYRA, Silvana. **El nuevoordenmigratorio global**: el papel de laOrganización Internacional para lasMigraciones (OIM) em la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones. In: Encuentrodel Centro de Reflexión em Política Internacional, 5.,2011, Buenos Aires.Instituto de relaciones internacionales:Universidad Nacional de La Plata, 2011. Disponível em: <https://www.academia.edu/1940772/Santi_Pereyra-El_nuevo_orden_migratorio_global_el_papel_de_la_Organizaci%C3%B3n_Internacional_para_las_Migraciones_OIM_en_la_Conferencia_Sudamericana_sobre_Migraciones>. Acesso em: 11 mar. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: na constituição de 1988. São Paulo: Livraria do Advogado, 2007.

TAPPA,Truyitraleu. **A política brasileira de migrações no contexto da governança global migratória**. 2017.169 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) Universidade de Brasília, Brasília, DF,2017. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23312/1/2017_TruyitraleuTappa.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil:** (1948-1997) as primeiras cinco décadas. 2. ed. São Paulo, 2000.

MIGRAÇÃO, CRISE HUMANITÁRIA E OS DIREITOS DOS REFUGIADOS NO BRASIL

Deborah Abdo[1]
Ricardo Strauch Aveline[2]
Haide Maria Hupffer[3]

INTRODUÇÃO

Com a Primavera Árabe, a guerra na Síria e o fortalecimento do Estado Islâmico, houve a intensificação de um fluxo migratório composto por pessoas desesperadas que buscam salvar suas vidas diante do flagelo das guerras, do terrorismo e das perseguições aviltantes. Botes carregados de pessoas seguem rumo à Europa e a imagem de uma criança morta na costa da Grécia circulou o mundo, simbolizando este momento que vem sendo denominado como a maior crise humanitária desde a Segunda Guerra Mundial.

Neste contexto, cresce drasticamente o número de pessoas pedindo refúgio no Brasil e passando a viver no território nacional. Esta problemática está regulada internacionalmente pela Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 (ratificada pelo Brasil) e, no plano interno, pela Lei 9.474/97.

Estas normas estabelecem o conceito jurídico de refugiado, os direitos e obrigações dos mesmos e os mecanismos para efetivação dos seus direitos. As Nações Unidas atribuíram ao Alto Comissariado da ONU para Refugiados (ACNUR) o mandato para conduzir e coordenar ações internacionais de proteção aos refugiados e a busca de soluções duradouras para seus problemas. Seu papel principal é garantir que os países estejam conscientes das suas obrigações e atuem em conformidade com elas, de dar proteção aos refugiados e a todas as pessoas que buscam refúgio.

O presente artigo apresenta os principais movimentos migratórios e a crise humanitária como pano de fundo para mostrar a importância do momento histórico da Proteção Internacional dos Direitos Humanos, analisando-se a afirmação dos direitos humanos de forma internacional. Na sequência, falar-se-á acerca do conceito jurídico de refugiado, refletindo sobre o conceito internacional e nacional considerado atualmente, examinando ainda a diferença entre refúgio e asilo. Após isso, será explanado sobre o pedido de refúgio no CONARE, que é o órgão deliberativo da concessão do *status* de refugiado no Brasil. E, por fim, a intenção é mostrar os direitos e obrigações dos refugiados no Brasil de acordo com a Lei 9.474/97.

MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS E A CRISE HUMANITÁRIA

O fenômeno da migração não é algo dos dias de hoje, vem desde os primórdios da civilização. Atualmente, é evidente que o movimento migratório continua manifestando-se intensamente, pois

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: debbyabdo@hotmail.com.
[2] Doutor em Ciências Sociais pela Unisinos. Docente no Centro Universitário Metodista. E-mail: ricardo.aveline@ipa.metodista.br.
[3] Doutora em Direito pela Unisinos. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: haide@feevale.br.

o ser humano sempre está em busca de melhores condições de vida e à procura de um local onde possa desenvolver em sua plenitude uma vida digna. Ainda assim, o movimento migratório é percebido de forma mais acentuada em certas partes do planeta devido às guerras civis, divergências étnicas e religiosas, conflitos armados, por questões econômicas, dentre outras situações (GUERRA; EMERIQUE, 2008, p. 275-276).

Cavarzere (1995, p. 13) compartilha que a história humana também é uma história de movimento migratório. O homem moderno, com origem africana, já se encontrava presente por volta de 20.000 a.C., em grande parte dos continentes, exceto na Antártida, é fato que nenhuma outra espécie animal conseguiu atingir tamanha distribuição na época. Responsável em grande parte por nossa identidade, os movimentos migratórios do passado deram origem à maioria das nacionalidades existentes. Como exemplo, citam-se os astecas, judeus, tailandeses, húngaros e anglo-saxões, resultando na memória coletiva de uma pátria ancestral migrante (CAVARZERE, 1995, p. 13-14).

Ao longo da história, o ser humano nunca deixou de circular pelo mundo, os desastres naturais, a fome e até mesmo o clima, impulsionaram a abandonar suas origens em busca de uma subsistência mais serena e próspera. Além disso, a guerra e as perseguições políticas e religiosas, também fizeram do homem um ser à procura de segurança e proteção. Talvez, a perspectiva mais simples e que poderia definir a migração é a de que o ser humano está sempre em busca de encontrar uma vida mais abastada, com mais recursos naturais e financeiros, de ser feliz, levando-o a locomover-se sempre que sentir necessidade (CAVARZERE, 1995, p. 7-9).

Neste sentido, escritos sobre os movimentos populacionais podem ser encontrados na Bíblia e em outras fontes históricas da Antiguidade. O êxodo dos judeus do antigo Egito (aproximadamente em 1200 a.C). e a migração dos gregos na região mediterrânea (desde 800 a.C). são apenas alguns exemplos desses processos (BRZOZOWSKI, 2012, p. 137).

Mesmo a migração não sendo um fenômeno novo, é sim um fenômeno que mostra estar em constante intensificação devido ao processo de globalização. Segundo Giddens (2005, p. 61):

> A globalização significa que cada vez mais estamos vivendo num único mundo, em que os indivíduos, os grupos e as nações tornam-se mais interdependentes. Por ser a globalização um conjunto de processos imprevisíveis, ela é difícil de controlar e gera novos riscos que afetam a todos.

Do processo de globalização decorre uma intensificação dos laços econômicos, culturais e políticos entre os países, fazendo com que os padrões de migração globais sejam vistos como reflexo deste processo. A população mundial migrante na década de 1990 era de mais de 80 milhões de pessoas, sendo que 20 milhões destas eram refugiadas de seus países. Alguns teóricos, como Giddens (2012, p.467), acreditam que este número está condenado a crescer no século XXI, o que o leva a dizer que se está vivendo a "era da migração". Estes movimentos migratórios fazem com que cresça a diversidade cultural e étnica de muitas sociedades, ajudando a moldar as dinâmicas demográfica, econômica e social.

Na atual era globalizada, pessoas, ideias e mercadorias vêm fluindo por meio das fronteiras em grandes volumes, maiores do que já visto antes na história. Tais processos alteram

significativamente a sociedade e os países em que se convive. Muitas delas estão se tornando etnicamente diversas pela primeira vez, já outras apenas observam a intensificação e transformação da multietnicidade. Entretanto, as sociedades e os seus indivíduos estão se tornando cosmopolitas, tendo maior contato com pessoas de diferentes etnias, religiões e culturas. Tais alterações se dão devido à migração global (GIDDENS, 2012, 476-479).

Cavarzere (1995, p. 7-9) define migração como sendo "o movimento em si, ou seja, a circulação de pessoas, seja dentro do território, construindo assim o movimento migratório anterior, seja para fora dele, caracterizando o movimento migratório exterior ou internacional".

Migração é, assim, a movimentação de um número elevado de indivíduos com o ânimo de viverem em outro local, ou seja, uma mudança de endereço, com fluxo intenso, geralmente para o exterior. Quando ocorre dentro do mesmo país é chamado de migração interna (*e.g.* nordestinos para São Paulo), já quando o fato ocorre de um país para o outro, chama-se migração internacional (MILESI, AMBROS, 2005, p. 23).

A emigração é o processo pelo qual as pessoas deixam seus países para se estabelecerem em outro e a imigração é o movimento de pessoas para um país em que irão se estabelecer, ambas cominadas produzem padrões globais de migração, onde ligam entre si países de origem e países de destino (GIDDENS, 2012, p. 467).

O início do século XXI é marcado pela migração por fluxos migratórios mistos. A principal característica dos fluxos migratórios mistos está na natureza irregular dos processos migratórios, além dos múltiplos fatores que impulsionam tais movimentos, de acordo com as necessidades e dos perfis de cada uma das pessoas envolvidas. São considerados fluxos complexos, pois dentre as pessoas envolvidas nesse movimento estão muitos solicitantes de refúgio, migrantes econômicos, refugiados e pessoas de todo tipo. Nesse cenário, também encontram-se crianças e adolescentes desacompanhados, migrantes vítimas de tráfico, por causas ambientais ou até mesmo de exploração. Tais fluxos vêm chamando atenção, pois surgem em decorrência de emergências, partindo de um único episódio migratório, ou, além disso, de uma série de decorrências nas quais um grupo de migrantes vai de forma irregular para um determinado lugar de destino (LEÃO, 2011, p. 84).

Oliveira (2011, p. 54) afirma que em 2003 a Organização Internacional de Migrações estimou que o número total de migrantes no mundo seria de 175 milhões. Importante ter presente que essa estimativa representava cerca de 2,9% da população mundial. Esses dados estatísticos são muito importantes, pois dizem respeito a vida de pessoas que, ao irem atrás de melhores condições, se deixam acreditar em falsas promessas que seriam possíveis em outros lugares do mundo, é quando acabam encontrando o abuso, a violência e a exploração. Junto com esses dados, são divulgadas cenas em vídeos e fotos de cadáveres que chegavam em grandes quantidades às costas de toda Europa, após terem perdido a vida no mar tentando chegar ao "lugar melhor". Além disso, diversos corpos que já foram encontrados em containers, eram de pessoas que desejavam viver outra realidade. Os seres humanos que estão em busca de melhores condições de vida são detentores de direitos que foram construídos ao longo do tempo, mas que não são totalmente respeitados e colocados em prática. Além de se falar em textos legais constituídos há muitos anos, deve-se ter presente que os direitos humanos são frutos de conquistas feitas pela humanidade,

após longas batalhas por melhores condições de vida e de existência, devendo ser respeitados (OLIVEIRA, 2011, p. 54-55).

Para Leão (2011, p. 84):

> Os fluxos mistos não são estáticos. Pelo contrário, durante o curso do processo migratório apresentam-se transformações e surgem novos desafios. Também podem mudar as razões do movimento, complicando a avaliação do estatuto jurídico das pessoas neles envolvidas. Por exemplo, um indivíduo pode começar sua viagem como refugiado, mas logo decide abandonar o primeiro país de asilo e emigrar de maneira irregular, frequentemente por meio de uma rede de tráfico de migrantes, para prosseguir até o destino definitivo. Esses movimentos secundários apresentam uma série de inquietações, como, por exemplo, a viabilidade de permanência no primeiro país de asilo.

Giddens (2012, p. 467-468) identificou quatro modelos de migração, descritos como os principais desde 1945, que são: modelo clássico, modelo colonial, modelo dos trabalhadores convidados e o modelo das formas ilegais. O primeiro modelo, denominado modelo clássico de migração é o utilizado por países como Canadá, Estados Unidos e Austrália, os quais se desenvolveram como nações de imigrantes. O modelo colonial de imigração foi utilizado por países como França e Reino Unido, com tendência a favorecer imigrantes de colônias antigas em prejuízo de imigrantes de outros países (GIDDENS, 2012, p. 467-469).

O deslocamento dos indivíduos exige que o país que os acolhe tenha uma disciplina jurídica adequada para a imposição de certos limites: proporcionar ao imigrante o acesso ao país e preservar os seus interesses nacionais. O direito internacional, nesse sentido, estabelece o direito de imigração bem como o de emigração ao indivíduo, mas, por outro lado, também reconhece o direito do Estado em sua soberania de aceitar a entrada do indivíduo ou não, podendo inclusive limitá-la (CAHALI, 2011, p. 71).

Já países como a Alemanha, a Bélgica e a Suíça utilizaram-se de uma terceira política conhecida como o modelo dos trabalhadores convidados, nesse caso, os imigrantes eram aceitos no país de forma temporária, para, muitas vezes, satisfazerem demandas que eram necessárias no mercado de trabalho, sem receber direitos de cidadão, mesmo depois de certo tempo no país (GIDDENS, 2012, p. 468-469).

E, finalmente, o modelo das formas ilegais, o qual está se tornando cada vez mais comum, tendo em vista a rigidez das leis no tocante ao que se fala sobre migração em países industrializados. Como exemplo dessa forma ilegal de imigração, citam-se os imigrantes ilegais que vivem nos Estados Unidos, vindos do México, eles inclusive montam "quadrilhas" para contrabandear imigrantes por meio das fronteiras nacionais (GIDDENS, 2012, p.469).

A migração é vista como a principal roda progressiva da mudança histórica, isto é, o encontro de pessoas diferentes de diferentes níveis e de culturas diferentes. Cavarzere (1995, p. 11) argumenta que a convivência com pessoas diferentes das do meio em que se vive é importante, pois esta convivência serve como um estímulo para a inovação, imitação e mudanças, tornando, portanto, a migração um mecanismo através do qual a cultura, técnicas e ideias são disseminadas e internalizadas pelo mundo, representando também um mecanismo para novos avanços. Dito isso, percebe-se que as civilizações consideradas mais dinâmicas tiveram surgimento a partir do tráfego

humano intenso. Considerando exemplos, podem ser citados o subcontinente Indiano, a China, o antigo Oriente Próximo, áreas de conquista Islâmica, as Américas na época de expansão europeia, dentre outros que foram expostos a ondas migratórias com intuito de renovação (CAVARZERE,1995, p. 11).

Historicamente, os Estados tinham a prerrogativa de incentivar o fenômeno migratório, tendo em vista a necessidade de alguns países em diminuir sua população, para que pudessem encontrar equilíbrio em termos demográficos e, ao mesmo tempo, havia países que visavam preencher os vazios demográficos existentes, ou, até mesmo uma mão de obra capacitada para modernização (SILVA, 2011, p. 201-202).

Hoje esta situação se alterou, criando um fenômeno que vem sendo conhecido como crise humanitária. A crise humanitária decorre do aumento no número de violações de direitos humanos, principalmente do direito à vida e à liberdade, entre civis de países como Síria, Iraque, Afeganistão, Líbia, Ucrânia, fazendo com que populações inteiras busquem refúgio em outros países. Situação que é agravada pelo fato de que estas pessoas não vêm sendo recebidas adequadamente nos países onde apresentam pedido de refúgio (TEIXEIRA, 2009, p. 15).

Teixeira (2009, p. 15-16) ao examinar o tema, reflete que o "cenário mundial tem sido, em geral, o de fechamento de fronteiras a migrantes indesejados, categoria da qual fazem parte os refugiados". Ao evidenciar tal crítica, o autor mostra que os Estados para justificarem o repúdio a estrangeiros que pela migração tentam ingressar, utilizam argumentos que abrangem aspectos econômicos, políticos, socioambientais e outros. Estes argumentos são perceptíveis "em discursos que reforçam, principalmente, a questão da soberania e da segurança nacional" (TEIXEIRA, 2009, p. 16).

Giddens (2012, p.61), por sua vez, reforça com precisão que o direito de requerer refúgio é reconhecido como universal, porém as políticas que pretendem revisar os casos de refúgio têm gerado grandes controvérsias em muitos Estados que compõem a União Europeia. O sociológico alerta que o tratamento dedicado aos candidatos ao refúgio não é muito diferente do que o dispensado aos criminosos. Os refugiados, durante o andamento dos seus processos, são forçados a viver em centros de detenção superlotados, assemelhando-se a prisões (GIDDENS, 2012, p. 61).

A discussão sobre a solicitação de refúgio está diretamente associada à proteção internacional dos direitos humanos. Há uma crise humanitária instalada, e a humanidade como em muitos outros momentos históricos precisa se debruçar sobre ela e buscar soluções humanizadas para atender o enorme contingente de seres humanos que buscam abrigo para viverem com um mínimo de dignidade. Na sequência, a intenção é voltar para a história e mostrar que a proteção internacional dos direitos humanos é uma conquista histórica.

DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Violência, tortura, discriminação, degradação, perseguição e inúmeras outras violações têm sido constantes ao longo da história da humanidade. Todavia, de tempos em tempos, após "grandes surtos de violência" o ser humano recua horrorizado pelo sofrimento que resulta das grandes

violações e gradualmente estabelece níveis mais elevados de padrão social, reconhecendo direitos aos seres humanos (COMPARATO, 2010, p. 36-37).

O incontável número de perseguições no decorrer dos séculos jamais trouxe à sociedade internacional problemas tão graves quanto os que se apresentaram no século XX. Antes mesmo da Primeira Guerra Mundial os problemas que existiam não exigiam um direito internacional para os refugiados, dessa forma, as soluções eram tomadas com a concessão de asilo ou extradição (ANDRADE, 1996, p. 20-24).

No sentido histórico, os direitos humanos se afirmaram após a luta constante que visavam combater a exploração, a vitimização, o domínio a exclusão e toda e qualquer forma de diminuição humana. Essas são as questões principais que constituem o porquê das lutas pelos direitos em relação à emancipação e criação de relações justas e solidárias. A partir de tais reflexões, tem-se que o andamento da afirmação dos direitos humanos sempre foi, e ainda é voltado para as lutas humanitárias libertárias que foram criadas ao longo dos tempos para os oprimidos, bem como para os vitimados para que pudessem ser construídas formas de abrir caminhos e pontes para a humanidade. Isso tudo ocorre porque a afirmação dos direitos humanos é algo histórico, assim como o seu conteúdo (CARBONARI, 2011, p. 34-35).

Dessa forma, é possível perceber que a proteção internacional dos refugiados formou-se devido às ações que a Liga das Nações tomou logo após a Primeira Guerra, entrando em vigor o Pacto da Liga das Nações em 1920, o qual almejava fazer justiça, de modo que o sofrimento dos refugiados fazia-se preocupante. Porém, devido à soberania estatal e às razões tanto políticas quanto econômicas, a implementação de alguns dos princípios que visavam a proteção dos refugiados internacionalmente ficaram prejudicadas (ANDRADE, 1996, p. 20-24).

O Holocausto ocorrido na Segunda Guerra Mundial deixou como legado a consciência da necessidade de internacionalizar os direitos humanos, criando-se uma estrutura internacional de proteção desses direitos, com vistas a impedir que atrocidades daquela monta jamais viessem a novamente ocorrer no planeta (MAZZUOLI, 2011, p. 814).

Comparato (2001, p. 36) explica que os horrores da guerra conscientizaram a humanidade quanto à necessidade de se estabelecerem valores humanos, assim posicionando:

> [...] a cada grande surto de violência os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos (COMPARATO, 2001, p. 36-37).

O genocídio praticado contra os judeus na Europa e a brutal repressão nazista aos seus opositores políticos foi uma catástrofe marcante para a humanidade. Ficou demonstrado que essas graves violações aos direitos humanos têm consequências não somente dentro do Estado, mas também, uma dimensão que atravessa as fronteiras através de refugiados, asilados, crianças órfãs e miséria. Além disso, a agressividade do regime nazista contra parte de seu próprio povo, em última instância, transformou-se em uma agressão militar aberta contra outros Estados (PETERKE, 2009, p. 25).

Por isso, após a Segunda Guerra foram criadas diversas normas internacionais que tratam da proteção dos direitos humanos. Todos os tratados possuem uma característica em comum: proteger os direitos humanos. Basta ser humano para que se presuma a sua dignidade, justificando-se que possa usufruir e reivindicar quaisquer direitos violados seja no contexto internacional (afetando ao Direito Internacional Público) ou no plano interno (afetando o Direito Constitucional). A lei que disciplina essa proteção é o Direito Internacional dos Direito Humanos, nascida logo após a Segunda Guerra Mundial, visando proteger os direitos de quaisquer indivíduos, independente de qualquer definição (MAZZUOLI, 2011, p. 803).

A Declaração Universal de 1948 demarcou os direitos humanos, fixando a ideia de que são universais e inerentes à pessoa, sem relatividade à cultura de qualquer sociedade, incluindo em seu texto direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2001, p. 43-45).

A partir do momento em que foi aprovada a Declaração, passou a ser desenvolvido o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com a adoção de tratados internacionais que visavam a proteção desses direitos. Nesse sentido, é preciso que o problema dos refugiados seja visto também sob a perspectiva dos direitos humanos. Atualmente é reconhecida essa inter-relação entre as principais causas de violação de direitos humanos e os problemas dos refugiados. Dessa forma, os direitos humanos precisam ser respeitados desde antes do pedido de asilo ou refúgio e, até mesmo durante e depois do processo. Existem ao menos quatro momentos em que os direitos humanos são fundamentais, sendo eles o anterior ao refúgio, onde há a violação dos direitos, o momento em que a pessoa tem a necessidade de abandonar o seu país, o período em que está refugiado e, por fim, no momento em que os problemas dos refugiados são solucionados (PIOVESAN, 2011, p. 43-60).

A partir da Declaração Universal de 1948, a ONU passa a inscrever a dignidade da pessoa humana como premissa para a proteção dos direitos fundamentais de modo internacional, sendo, portanto, todo o sistema construído com tal premissa como aponta Accioly, Silva e Cassela (2011. P. 491-492). Em 1993 a Declaração e Programa de Ação de Direitos Humanos da Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU realçou o conceito de indivisibilidade, universalidade e interdependência dos direitos humanos, reafirmando, ainda, "a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas" (ACCIOLY; SILVA; CASSELA, 201, p. 491-493).

A importância desse direito dá-se a partir do momento em que a proteção da dignidade humana é de interesse comum de todos os Estados, passando a ter valor revestido de primazia em frente a outros bens jurídicos, sendo imperativo e superior, devendo ser compromisso de todos da sociedade mundial prioritariamente (2012, p.789).

Dessa forma, tais normas internacionais de direitos humanos têm prevalência e, portanto, devem ser aplicadas antes mesmo de qualquer outra, limitando-se a soberania nacional e, também, sendo incluída nos preceitos de *jus cogens*. Passa a ser, então, o principal objeto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana em caráter mundial, fundamentada em convicção e expandida internacionalmente no que tange à

importância de proteger a dignidade da pessoa, não apenas pelo seu valor, mas também por se entender que a paz necessita do respeito aos direitos (PORTELA, 2012, 790).

Para Hannah Arendt (apud JUBILUT, 2007, p. 52) é no Estado que os direitos humanos devem ser exercidos:

> Os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substantivamente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades – o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos *outros* como um *semelhante.*

Em 1996 a ONU preparou o Pacto das Nações Unidas para tratar sobre os direitos civis e políticos, também econômicos e sociais, o qual já possui agora força jurídica (REZEK, 2011, p. 255-256). Além do Pacto, também foi criado um Protocolo Facultativo que era relativo ao mesmo, porém as nações desenvolvidas receberam ambos com desconfiança e não os ratificaram ou até mesmo aderiram, como o Brasil, que ativamente participou para elaborar os dois documentos e somente os ratificou no ano de 1992. Ainda os dois Pactos sendo, em certo modo, mais importantes que a Declaração de 1948, pois impõem cumprimento obrigatório àqueles que os ratificam, afirma-se que a Declaração tem mais peso no sentido de consagrar princípios internacionalmente, os tornando direito internacional costumeiro (ACCIOLY; SILVA; CASSELA, 2013, p. 495-496).

A proteção internacional dos direitos humanos é composta por dois sistemas: o sistema global da ONU e os sistemas regionais. O sistema regional da América Latina foi instituído com a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1948, contando com uma Declaração e uma Convenção Americana sobre Direitos Humanos, entre outros (MAZZUOLI, 2011, p. 815).

Os sistemas de proteção global, tanto das Nações Unidas quanto os regionais possuem uma característica muito importante, são capazes de extrair valores e adaptar ideias advindas de diversas fontes de produção, com o intuito de juntá-los em favor de resguardar e proteger a pessoa humana. O novo ramo do Direito Internacional Público engloba o Direito Internacional dos Direitos Humanos, surgindo com princípios autônomos e específicos (MAZZUOLI, 2011, p. 816-818).

A constituição Federal de 1988 previu a dignidade da pessoa humana em seu artigo 1°, inciso III e a prevalência dos direitos humanos no artigo 4°, inciso II, como princípios fundamentais da República Federativa Brasileira. A Constituição de 88, então, fez nascer novos princípios jurídicos que dão suporte ao sistema normativo brasileiro, devendo ser interpretados em qualquer norma existente no ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos e são ratificados pelo país possuem nível e índole constitucional, com aplicação imediata, não podendo, de forma alguma, ser revogado por lei ordinária que venha a ser criada posteriormente (MAZZUOLI, 2011, p. 818-819).

A Declaração dos Direitos Humanos reconhece o direito de asilo para todas as vítimas de perseguição em seu artigo XIV, firmando que todos têm direito a ter uma nacionalidade, em seu artigo XV, tendo em vista o precedente da Segunda Guerra Mundial e a multidão de refugiados em toda a Europa. Com isso prevê a Declaração dos Direitos Humanos em seus artigos XIV e XV que

todos têm direito de procurar e também de gozar asilo em outros países em caso de perseguição e que todo homem tem direito a possuir uma nacionalidade (COMPARATO, 2013, p. 245-249).

Jubilut (2007, p. 59) reflete que nos dias de hoje o ser humano conta com um vasto sistema de proteção, sendo denominado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, que é dividido em três: Direito Internacional dos Direitos Humanos *strictu sensu*, Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados. É perceptível que o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados possuem o mesmo objeto, qual seja, proteger a pessoa humana internacionalmente, garantindo a dignidade da pessoa e a garantia do respeito à mesma (JUBILUT. 2007, p. 59-60).

Nessa mesma linha de pensamento, Bobbio (2004, p. 40) diz que existem dificuldades jurídico-políticas e também dificuldades que dizem respeito ao próprio conteúdo dos direitos. É espantoso que haja, de modo geral, pouca preocupação com essas dificuldades, tendo em vista que grande parte dos direitos está sendo aceito pelo senso moral comum e acredita-se que para exercitá-los seja bastante simples. Porém, ao contrário do que se pensa, é extremamente complicado (BOBBIO, 2004, p. 40).

Ao cabo das considerações precedentes, pode-se concluir que os refugiados estão protegidos internacionalmente mediante uma vasta estrutura de direitos, dentre eles os individuais e os de responsabilidade estatal que advém da proteção internacional dos direitos humanos. Existe, portanto, uma relação entre a Declaração Universal de 1948 e a Convenção de 1951, fazendo com que seja impossível interpretar o Direito Internacional dos Refugiados de maneira que não esteja vinculado ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, quando ambos têm o objetivo de garantir e defender a integridade e dignidade do ser humano. Isso faz com que a proteção internacional dos refugiados tenha como causa a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos (CASELLA, 2001, p. 61).

CONCEITO JURÍDICO DE REFUGIADO E A DIFERENÇA ENTRE REFÚGIO E ASILO

Um dos sentimentos mais encontrados ao longo do tempo na raça humana é o altruísmo, o qual se manifesta de diferentes formas e, também, por meio de diversos atos, sendo que um desses é a acolhida de pessoas perseguidas por motivo racial, político, religioso, étnico ou pela guerra. A permissão da proteção para essas pessoas pode ser percebida ao longo da história da humanidade de forma repetitiva, o que permite afirmar que veio a se transformar em um costume internacional (JUBILUT, 2007, p. 35).

O refúgio é um instituto persistente ao longo dos anos devido ao fato de se ter, infelizmente, diversas violações da dignidade da pessoa humana em certos países, forçando grupos de pessoas a trocarem de ambiente para manter a esperança de continuarem vivos (GUERRA; EMERIQUE, 2008, p. 286-287).

É importante compreender quem são, efetivamente, os refugiados, para que a partir daí se possa examinar no corpo de leis e tratados quais normas são aplicáveis a eles. Neste sentido, os conceitos legais previstos na Convenção relativa aos Refugiados de 1951 e no Protocolo de 1967 são decisivos para que se caracterizem também as obrigações convencionais ou contratuais dos

Estados os quais são signatários dos mencionados instrumentos. Devido a isso, a pessoa que satisfaz às condições tem direito ao amparo da Convenção (CASELLA, 2001, p. 19-21).

Deste modo, primeiramente, se deve estabelecer qual o conceito jurídico de refugiado. Após, é necessário diferenciar os fluxos de migração voluntários e forçados, onde se constata que os refugiados se enquadram no fluxo dos forçados, tornando-os vulneráveis e vítimas, tendo seus direitos desrespeitados, razão pela qual os mesmos necessitam de tratamento especial (JUBILUT, 2007, p. 35).

O tema refugiados está recebendo cada vez mais um considerável enfoque devido aos graves problemas humanos envolvidos, junto às questões econômicas, políticas e sociais, alguns em escala nacional e internacional. O enfoque que o assunto vem tomando, pode ser notado pelo número e volume de debates e publicações sobre o assunto, conforme relatórios feitos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), destacando grandes aumentos dos refugiados, a cada ano que passa, de modo que não se pode oficialmente computar o exato número oficial e qual o número de refugiados que ainda pode se tornar realidade (CASELLA, 2001, p. 17-20).

O mundo em que se vive, com suas grandes áreas evidencia principais pontos e comportamentos onde há fluxos de refugiados no planeta. As causas do movimento dos refugiados são diversas e variadas, porém algumas perduram. São elas o medo da perseguição e o objetivo de evitar situações de perigo, as quais incluem até mesmo risco de vida, situações muito presentes entre os refugiados. Ressalta-se que a denominação em si de "refugiado" tem o significado de alguém que foge, mas ainda traz evidente a noção de santuário ou refúgio, isto é, a fuga da situação insustentável para outra totalmente diferente e que tem a intenção de ser muito melhor (CASELLA, 2001, p. 20-22).

Assim, cruzar a fronteira internacional em virtude de ter um fundado temor se traduz no elemento fundamental e característico para a definição de refugiado. A doutrina tem entendido que se refere a violações graves dos direitos humanos, em especial à vida e à liberdade. Violações estas que tornaram impossível a vida do indivíduo no seu país de origem ou que o impeçam de retornar a esse país (GONZÁLEZ, 2010, p.53).

Compreender as complexas relações presentes na questão dos refugiados instiga ir atrás de noções provenientes do direito, da ciência política e da filosofia, impondo, com urgência, refletir acerca dos instrumentos capazes de prevenir a falta de observância aos direitos humanos em ter direitos, para que a mesma não se transforme em uma sentença de morte (CASELLA, 2001, p. 22-23).

O fato de se classificar o refúgio como instituto jurídico não é aceito pacificamente na doutrina nacional, levando estudiosos a entenderem que quando se referem ao refúgio estão fazendo alusão a um estatuto e não a um instituto. Porém, é necessário entender que o refúgio é sim um instituto regulado por um estatuto, o qual assegura a algumas pessoas, devido a determinadas circunstâncias, o *status* de refugiado (JUBILUT, 2007, p. 42-43).

A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, no seu artigo 1.º, considerou, na época, que refugiado era toda pessoa que,

> em virtude dos eventos ocorridos antes de 1° de janeiro de 1951, e receando com razão ser perseguida em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar(GUERRA; EMERIQUE, 2008, p. 289).

Abrangendo o conceito legal àqueles que possuem ameaças de sanções devido ao fato de lutarem com o intuito de proteger seus direitos humanos, porém, não é aplicado a qualquer um que venha a ser qualificado como transgressor político, o qual vem a ser amparado por outras regras do direito internacional (CASELLA, 2001, p. 21).

Assim, pode-se dizer que "são elementos essenciais da definição do refúgio a perseguição, o fundado temor, ou justo temor e a extraterritorialidade" (JUBILUT, 2007, p. 45). Segundo Ramos (2011, p. 27-28), refugiado é:

> [...] Aquele que tem fundados temores de perseguição por motivos odiosos. Para a doutrina, o "fundado temor de perseguição" é critério objetivo que deve ser comprovado por fatos. Tal expressão (fundado temor) demonstra um temor baseado em razoável expectativa de perseguição. Essa expectativa de perseguição não pode estar apenas na mente do solicitante de refúgio, mas deve ser comprovada por um critério objetivo, baseado na situação do Estado de origem.

Ainda, semelhante, mas não de forma idêntica à Convenção de 1951, o estatuto do Alto Comissariado (ACNUR) de 1967 define quais pessoas se enquadram no âmbito de sua competência. Para essas, é utilizada a denominação de "*Mandate Refugees*", e, ficam sob a proteção das Nações Unidas por meio do Alto Comissariado, mesmo que se encontre em Estados que não fazem parte tanto da Convenção de 1951, quanto do Protocolo de 1967. Porém, nem mesmo a definição dada pelo Alto Comissariado consegue englobar todos os refugiados de fato, como por exemplo, refugiados de desastres naturais, econômicos, e, no geral, aqueles que se auto exilam, deixando para trás seu país de origem por motivos outros que não raciais, religiosos, de nacionalidade ou perseguição política (CAVARZERE, 1995, p. 106-110).

Em 1984, a Declaração de Cartagena ampliou a definição de refugiado para os países da América Latina, conforme explica González (2010, p. 53):

> No caso da América Latina, esta definição de refugiado foi complementada pela definição regional recomendada pela Declaração de Cartagena sobre os Refugiados de 1984, que considera; [...] também como refugiado as pessoas que tenham saído de seus países porque sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

Segundo a Lei 9.474 de 1997, a qual define mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 no Brasil, o conceito de refugiado é:

> Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

> I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
> II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
> III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país (BRASIL, 1997).

Os dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados demonstram que entre os anos de 1975 e 1997 o número de refugiados existentes no planeta cresceu dez vezes, partindo de 2,4 milhões para 27 milhões. Pessoas estas que se refugiaram devido a perseguições, guerras, dentre outros motivos. Estima-se que a proporção é de um refugiado a cada 115 pessoas da população terrestre, e, mais da metade dessa estimativa são adolescentes, crianças e mulheres (GUERRA; EMERIQUE, 2008, p. 286-287).

Há ainda os deslocados internos, ou seja, aqueles que fugiram de seus lares apenas com a roupa do corpo, para salvar suas vidas e, mesmo assim, não conseguiram cruzar uma fronteira internacional, eles também são protegidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (GUERRA; EMERIQUE, 2008, p. 287).

O Brasil, em meio às inúmeras iniciativas feitas em prol da valorização dos Direitos Humanos, tornou-se membro fundador do comitê executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), ratificando em 1960 a Convenção pertinente ao estatuto dos refugiados de 1951. Deve-se registrar que o Brasil ratificou a Convenção com algumas reservas, dentre elas a de natureza temporal e a outra geográfica. Afirma, ainda, que a matéria foi devidamente regrada pela Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997, com a criação do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), o qual é vinculado ao Ministério da Justiça, reunindo segmentos que representam a área governamental, das Nações Unidas e da sociedade civil (GUERRA; EMERIQUE, 2008, p. 290-291).

Este *"status"* de refugiado é regido tanto pela Convenção de 1951 quanto pelo Protocolo de 1967. Aqueles refugiados protegidos por instrumentos internacionais anteriores à Convenção de 1951 são chamados de *"Statutory Refugees"* (refugiados estatutários), já os protegidos pela Convenção e pelo Protocolo são chamados de *"Convention Refugees"* (refugiados convencionais). Quando admitido no território de um Estado pertencente à Convenção de Genebra de 1951, o refugiado já tem direito à receber os benefícios a qual ela assegura, como a igualdade de tratamento, emprego remunerado, *"status"* jurídico, medidas administrativas e bem-estar comum (CAVARZERE, 1995, p. 106-110).

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) possui, claramente, natureza humanitária e busca efetivar os direitos previstos na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, no Protocolo e no seu Estatuto interno (MUZZUOLLI, 2011, p. 814-815).

A acolhida dos refugiados não é somente um ato de solidariedade, abrange também um conceito humanitário que vem sendo construído há décadas. Diferentemente de outros organismos de proteção dos direitos humanos, os quais ganharam uma convenção base e um órgão para sua

implementação, o dos refugiados, ao contrário, foi construído de forma gradativa e se afirmando a cada nova conquista institucional, para que pudesse responder às necessidades de todas as vitimas da intolerância e perseguição (CARNEIRO, 2007, p. 17-18).

Ainda, é preciso diferenciar refúgio de asilo. Como já registrado, o altruísmo é um dos sentimentos encontrados há mais tempo na raça humana, que se manifesta de diversas e diferentes formas por meio de atos, sendo a acolhida de pessoas que sofrem perseguição por motivos de religião, raça, nacionalidade, opiniões políticas e seu grupo social, um desses atos. Por esses motivos, foram criados os institutos do Asilo e do Refúgio, com o fim de amparar àqueles que necessitam (JUBILUT, 2007, p. 35).

O direito de asilo possibilita, além do asilo político, a criação de outra modalidade que visa a solidariedade internacional: o refúgio. Quando se trata dele, a doutrina do Direito Internacional é mais recente, e nos dias de hoje, possui maior abrangência e tipificação. Quando se menciona instituto quer se dizer que pode ser regulado por um estatuto e é isso que acontece com o refúgio por ser regulado por normativa internacional. Desta forma, pode-se dizer que quando se fala em refúgio está se falando de um instituto regulado por um estatuto em nível internacional, quando se fala da Convenção de 1951 que foi revisada pelo Protocolo de 1967, com o intuito de garantir para algumas pessoas o *status* de refugiado (JUBILUT, 2007, p. 42-43).

O Instituto do Asilo possui suas origens na antiguidade, em meio aos institutos internacionais legados pela Grécia antiga, porém, em efetivo foram as guerras por motivos religiosos e a Revolução Francesa que o levaram a ser consolidado como instituto (ACCIOLY; SILVA; CASSELA, 2011, p. 510-514).

Retomando novamente aspectos históricos, pode-se dizer que para o asilo foi de fundamental importância o século XVII, pois foi nesse período que diversas pessoas tiveram de deixar seus lares, constituindo residência permanente em outro país. A Constituição Francesa do século XVIII em seu art. 120 foi a primeira constituição a definir o asilo e sua concessão. Já o refúgio, surgiu como instituto jurídico internacional global no século XX, mais precisamente a partir de 1921, juntamente com a Liga das Nações e, a posteriori, com a Organização das Nações Unidas (ANDRADE, 1996, p. 14-19).

A Constituição Federal de 1988 previu no seu artigo 4.º a concessão de asilo político como princípio das relações internacionais do Brasil. Já o Estatuto do Estrangeiro, Lei n.º 6.815/80, informa como se adquire a condição do asilado politico, prevista nos artigos 28 e 29. A concessão também é regulada pelo Direto Internacional, mais propriamente pela Convenção sobre o Asilo Territorial, assinada em Caracas no dia 28 de março de 1954. Existe, ainda, o asilo diplomático, ou também conhecido como extraterritorial, que se trata de uma forma provisória do asilo, sendo regulado não por lei interna, mas por convenções internacionais. Há, também, outras modalidades de asilo de menor importância, como o naval, concedido apenas dentro de embarcações de guerra, e o militar, que se dá apenas em lugares como casernas ou acampamentos militares (MAZZUOLLI, 2011, p. 733-734).

Portanto, do exposto pode-se dizer que existem duas espécies que podem ser concedidas, o territorial e o diplomático. Dessa forma, um não deve ser confundido com outro. A partir disso, Accioly define o asilo como uma proteção fornecida pelo estado, no seu território, àquela pessoa

cuja liberdade ou até mesmo a vida se encontram ameaçadas por autoridades de seu país, onde está sendo acusada de ter violado alguma lei penal, ou, o que ocorre com mais frequência, tendo deixado o país para se livrar de perseguição política (ACCIOLY; SILVA; CASSELA, 2011, p. 510).

Trata-se da proteção dada por um Estado a um indivíduo que possui sua vida, dignidade ou liberdade ameaçada pela superioridade de outro, ocorrendo, normalmente, por perseguições de ordem pública (PORTELA, 2012, p. 346). Rezek (2011, p. 250-251) reforça que é preciso distinguir o asilo político do diplomático. O asilo político territorial trata do acolhimento pelo Estado daquele estrangeiro que está sofrendo perseguição, não sendo, necessariamente, em seu país patrial, por motivos de divergência política, infração de opinião, ou por outros crimes que não geram quebra do direito penal comum. Ele é territorial, pois é o Estado que o concede ao estrangeiro que requer o benefício. A sua legitimidade é reconhecida por toda parte, servindo como referência a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU 1948). Já o asilo diplomático extraterritorial trata-se de uma forma provisória do próprio asilo político, pois só é praticada regularmente na América Latina, tendo previsão na Convenção de Havana de 1928, de Montevidéu em 1933 e de Caracas em 1954, possui os mesmos pressupostos que o asilo político, quais sejam, a natureza política dos delitos e o estado de urgência. Não se trata de um asilo definitivo, é apenas um estágio provisório, isto quer dizer que no futuro este asilo tornar-se-á territorial. É uma forma de asilo que não exige reciprocidade, pois é uma instituição humanitária (REZEK, 2011, p. 250-252).

Jubilut (2007, p. 38) explica que:

> Por esse instituto jurídico um Estado tem o poder discricionário de conceder proteção a qualquer pessoa que se encontre sob sua jurisdição. É o que modernamente denomina-se asilo político, uma vez que é concedido a indivíduos perseguidos por razões políticas, e se subdivide em dois tipos: (1) asilo territorial – verificado quando o solicitante se encontra fisicamente no âmbito territorial do Estado ao qual solicita proteção; e (2) asilo diplomático – o asilo concedido em extensões do território do Estado solicitado como, por exemplo, em embaixadas, ou em navios, ou aviões da bandeira do Estado.

Comparando os dois institutos (asilo e refúgio), podem ser percebidas tanto semelhanças quanto diferenças, em breve síntese, as semelhanças são o fato de ambos terem como foco o acolhimento daquele estrangeiro que não tem a possibilidade de retornar ao seu país de nacionalidade, ademais, estão amparados e regulados por normas nacionais e internacionais, o que garante que os direitos essenciais do indivíduo sejam protegidos, há, também, a possibilidade nos dois institutos de que se forem corretamente concedidos, impeçam a extradição, porém, podem ser sujeitos à revisão judicial interna, conforme precedentes do Superior Tribunal Federal, e, por fim, são sujeitos à vigilância internacional dos direitos humanos, principalmente pela Corte Interamericana de Direito Humanos (RAMOS, 2011, p. 40).

Além disso, a concessão de ambos se dá de formas diferentes, enquanto o refúgio é dever do Estado, o asilo é um ato discricionário e soberano do Estado. O refúgio é regulado por tratados, enquanto o asilo não. O tema do refúgio é tratado internacionalmente pelo ACNUR, já o asilo não tem foro internacional competente. Seus fundamentos, relevâncias e perseguições se dão de formas distintas, tornando-se fácil e grande a distinção entre ambos (PORTELA, 2012, p. 350). No

refúgio os motivos da perseguição podem ser políticos, étnico-raciais e religiosos, enquanto no asilo político, a perseguição é somente por motivo político.

Porém, pode ser notado, por fim, que ambos os institutos têm o intuito de proteger a pessoa humana, já que isso não ocorre no território de origem ou residência daquele que solicita. Visam assegurar e garantir aqueles requisitos que são essenciais para sobreviver com dignidade, sendo a principal semelhança entre os dois institutos o caráter humanitário (JUBILUT, 2007, p. 43).

O PEDIDO DE REFÚGIO NO CONARE E OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS REFUGIADOS

O CONARE – Comitê Nacional para os Refugiados é um órgão de debate coletivo e tripartite da sociedade brasileira e do Estado, possui um elevado conteúdo humanitário, com o fim de se dedicar à elegibilidade do refúgio no Brasil como pontua Leão (2011, p. 69). Além disso, instrui e organiza as ações necessárias à eficácia da assistência, proteção e apoio jurídico para os refugiados. Os refugiados no país são oriundos da África (64%), das Américas (22,88%), da Ásia (10,73%) e da Europa (2,20%), além destes, cerca de cinco pessoas não têm nacionalidade definida, e, dentro desta estimativa, existe uma variação de 77 nacionalidades diferentes. A obrigação do país em refugiar vem, principalmente, do Estatuto dos Refugiados das Nações Unidas de 1951 e do Protocolo de 1967, além da Lei 9.474/97. Estes instrumentos determinam quais as providências que devem ser tomadas pelo país no que diz respeito ao tema do refúgio, e, introduz o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), que é uma instituição que tem a característica de ser guiada por um caráter democrático e humanitário (LEÃO, 2011, p. 69-70).

Conforme o Ministério da Justiça (BRASIL, 2015):

> O refúgio é uma proteção legal que o Brasil oferece a cidadãos de outros países que estejam sofrendo perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, ou ainda, que estejam sujeitos, em seu país, a grave e generalizada violação de direitos humanos.

O Brasil não se mostra indiferente no tocante às vitimas de deslocamentos internacionais forçados. Diante do grande número de pessoas deslocadas no mundo, dentre elas, vítimas de atentados à liberdade, guerras civis e aos direitos fundamentais do ser humano, o país desenvolve uma política bastante relevante dentro da matéria. Em primeiro lugar "o Brasil abriga a presença histórica do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) desde a década de 1970" (SILVA; VERWEY; ZERBINI, 2000, p. 183-185). O ACNUR foi criado em janeiro de 1951 com o intuito humanitário e social das Nações Unidas, visando a proteção de pessoas atingidas pelas perseguições e guerras civis, com isso o ACNUR veio a atuar no Brasil, possuindo um escritório oficial na cidade do Rio de Janeiro, no ano de 1977 (SILVA; VERWEY; ZERBINI, 2000, p. 183-185).

Em segundo lugar, o CONARE, que é formado por 7 representantes dos Ministérios da Justiça, Trabalho, Relações Exteriores, Saúde, Esporte, Educação, Caritas (Igreja Católica parceira do ACNUR no Brasil) e o Departamento de Polícia. Além destes, o ACNUR também está autorizado a participar das reuniões, porém, sem direito a voto. Em relação a competência do CONARE, Andrade e Marcolini (2002, p. 171) destacam:

> Duas competências do Conare devem ser sublinhadas. A primeira diz respeito ao processo de elegibilidade, que é responsabilidade total das autoridades nacionais. Isto significa que o governo usa sua própria legislação e seu questionário para decidir sobre uma solicitação de refúgio, sendo as entrevistas realizadas por um funcionário do Conare. A partir dos questionários, o entrevistador elabora pareceres sobre a pertinência de se conceder, ou não, a condição jurídica de refugiado. Esses pareceres, por sua vez, são apresentados nas sessões do Conare, nas quais se decide pela aceitação, ou recusa, das solicitações. No caso de recusa, a lei prevê que o solicitante pode recorrer da decisão. O reconhecimento da condição de refugiado não é mais publicado no Diário Oficial, como ocorria quando o Acnur era responsável por todo o processo decisório; atualmente o solicitante é notificado pessoalmente (ANDRADE; MARCOLINI, 2002, p. 171).

Neste contexto, a criação do CONARE foi a mais relevante modernização brasileira, possuindo a finalidade de analisar os pedidos de solicitação de refúgio e declarar o reconhecimento ou não dessa condição, além disso, também decide pela perda da condição. Por isso, é seu dever orientar e coordenar ações que são necessárias à efetivação da proteção dos refugiados, assistência e apoio jurídico, além de aprovação de normativas adicionais. O Ministério da Justiça é quem o preside, além de ter membros indicados por ministérios. Suas atividades vêm sendo de muita importância para a construção de um novo marco jurídico, além das novas formas que possam vir a adquirir as solicitações e os tratamentos dos refugiados que vêm ao Brasil (SILVA; VERWEY; ZERBINI, 2000, p. 184).

O êxito institucional se concentra na relação tripartite que existe entre a sociedade civil, o Estado brasileiro e a comunidade internacional, o ACNUR. Todos trabalham em prol dos refugiados. É inovadora a Lei brasileira relativa ao tema dos refugiados, pois incorpora enunciados previstos pela ONU, que estão também previstos tanto na Convenção de 1951 quanto no Protocolo de 1967, agregando qual a definição de refugiado adotada. A Lei 9.474/97 é a estrutura da harmonização legisladora que envolve o MERCOSUL acerca do refúgio. Sancionada em 22 de julho de 1997, possui oito títulos, sendo que o quarto trata acerca do processo de refúgio e seu procedimento (LEÃO, 2011, p. 70-71).

No momento em que é concedido o *status* de refugiado, o solicitante fica totalmente amparado pelo Estatuto dos Refugiados de 1951, principalmente no que diz respeito ao princípio do *non-refoulement*, o qual está previsto no artigo 33 da Convenção, impedindo a devolução do refugiado sem justificativa ao país de onde já sofreu ou que poderá vir a sofrer qualquer tipo de perseguição que possa violar ou ameaçar os seus direitos reconhecidos (MAZZUOLLI, 2011, p. 744).

Além do mais, Mazzuoli (2011, p. 744) pontua que:

> Um dos efeitos importantes do reconhecimento da condição de refugiado, nos termos da Lei nº 9.474/97, é o *impedimento* de prosseguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio (art. 33) e a *suspensão*, até decisão definitiva, de qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refugio (art. 34). Nada obsta, porém, que o Supremo Tribunal Federal – que é o tribunal constitucionalmente competente para julgar processos extradicionais – declare nula (sob o aspecto da legalidade) a decisão do Ministério da Justiça concessiva do *status* de refugiado, pelo fato de não escapar decisão ministerial do controle de legalidade exercido (exclusivamente) pela Suprema Corte, caso em que poderá o STF prosseguir na análise do pedido extradicional.

Importante reiterar que o CONARE é um órgão colegiado com vinculação ao Ministério da Justiça, reunindo diversos segmentos que representam o governo, as Nações Unidas, mais precisamente o ACNUR e a Sociedade Civil, visando analisar e decidir diversos pedidos de refúgio que são solicitados diariamente no Brasil. Dessa forma, o pedido pode ser feito em qualquer Departamento de Polícia Federal no país, através da apresentação do formulário preenchido corretamente e assinado (disponível no site da justiça brasileira), além de fornecer informações biométricas para serem cadastradas devidamente. Após isso, o solicitante deverá aguardar o contato do CONARE para agendamento de entrevista, finalizando com o deferimento ou não do pedido (BRASIL, 2015).

Para tratar deste caso, o Ministério da Justiça em sua Coordenação-Geral de Assuntos de Refugiados, juntamente com o Comitê Nacional para os Refugiados criou uma Resolução Normativa nº 18, de 30 de abril de 2014, onde estabeleceu o procedimento que se aplica aos pedidos, além da tramitação da solicitação de refúgio, bem como outras providências que entenderam cabíveis. Passaram então a decidir que aquele estrangeiro em território nacional necessitando e querendo pedir refúgio para o Governo brasileiro deve se dirigir, em própria pessoa ou através de seu procurador/representante legal, em qualquer Unidade da Polícia Federal, para preencher o Termo de Solicitação de Refúgio, onde receberá cópia de todos os termos pela própria Polícia Federal (BRASIL, 2014).

Essa solicitação é universal, não dependendo da demonstração do preenchimento dos requisitos previstos na Lei 9.474/97. Após o preenchimento do Termo, serão colhidos dados biométricos, e, então, a Polícia Federal emitirá o Protocolo de Refúgio imediatamente, sem a necessidade de oitiva, que será agendada para posterior data. Todas as informações encontradas no Termo são referentes às circunstâncias da entrada no Brasil, bem como as razões que motivaram o solicitante a deixar seu País. O protocolo confere ao solicitante de refúgio todos os direitos assegurados na Lei 9.474/97 e na Constituição Federal, e, também, nas Convenções Internacionais que dizem respeito ao tema do refúgio, até o trânsito em julgado do processo administrativo, dando direito a obter CPF, Carteira de Trabalho e Previdência. O prazo do protocolo é de um ano, podendo ser prorrogável por mesmo período sucessivamente até decisão final do processo. Após entregue o Termo preenchido, deve a Polícia Federal encaminhar no prazo de até 15 (quinze) dias o processo original para o CONARE, para que seja então analisado, processado e instruído pelo plenário do CONARE (BRASIL, 2014).

A decisão do CONARE referente ao pedido de refúgio pode ser positiva ou negativa. Quando positiva, o solicitante precisa procurar a Polícia Federal para que possa receber o Registro Nacional de Estrangeiros, conhecido como RNE. Em caso de decisão negativa, o solicitante possui o prazo de 15 dias para entrar com recurso na Polícia Federal, onde o mesmo será enviado para o Ministério da Justiça para que possa ser analisado. Em caso da decisão do recurso ser negativa, ela será comunicada ao solicitante pela Polícia Federal, onde o mesmo ficará sujeito à legislação que diz respeito aos estrangeiros no Brasil, conhecida como Estatuto dos Estrangeiros, Lei 6.815/80 (ONU; ACNUR, 2012, p. 9).

Em se tratando de direitos e deveres é preciso saber que, em regra, os estrangeiros têm praticamente os mesmo direitos e deveres dos brasileiros, principalmente o dever de observar as leis que regem no país. Porém, existem pequenas regras que são aplicadas àqueles que não são nacionais. Estas normas estão previstas na Constituição Federal Brasileira de 1988, e, também, em legislação ordinária, principalmente no Estatuto do Estrangeiro. O estrangeiro na visão da Constituição Federal é igual a qualquer brasileiro perante a lei, não se fazendo distinção em qualquer sentido, garantindo, então, que aqueles que residem no país não terão seus direitos violados, tais como, direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Mesmo a norma fazendo menção aos estrangeiros que no país residem, não impede que estrangeiros sem domicílio no Brasil tenham os mesmos direitos, já que o país é comprometido por meio de tratados a assegurar esses direitos a qualquer pessoa que se encontrar em seu território. Dessa forma, o Brasil criou o Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815 de 1980, o qual regula os direitos e deveres dos estrangeiros, principalmente em seus artigos 95 a 110 (PORTELA, 2012, p. 350-352).

Conforme Casella (2001, p. 31):

> Três anos após a adoção da Declaração Universal, é aprovada a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, que constitui a Carta Magna que define em caráter universal a condição de refugiado, dispondo seus direitos e deveres. É em conformidade com essa Convenção que se tem determinado a situação de mais de 20 milhões de pessoas que atualmente possuem a condição de refugiados em todo o mundo.

Portanto, para os refugiados serão concedidos os mesmos direitos de um cidadão normal e impostos os deveres de um estrangeiro que está residindo em território nacional, sendo sua obrigação acatar os regulamentos, leis e quaisquer outros atos do Poder Público que visam a manutenção da ordem pública. Para os refugiados existe um passaporte chamado *Nansen*, que foi substituído na Convenção de 1951 para *Documento de Viagem*, previsto em seu artigo 28, garantindo proteção internacional para todos que se encontrarem na situação de refúgio. Os mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados estão previstos na Lei nº 9.474/97, sendo ela a primeira lei brasileira a fazer menção à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, impondo que a Declaração seja utilizada como referência ética quando interpretada (MAZZUOLLI, 2011, p. 742).

Conforme nota disponibilizada no site do ACNUR, em relação aos direitos dos solicitantes de refúgio no Brasil, os mesmos podem ter acesso ao procedimento da solicitação de refúgio sem necessitar de um advogado. Também são direitos: i] não ser mandado de volta ao seu país de origem, ou para onde sua vida possa estar em perigo; ii] não ser, de qualquer forma, discriminado

por autoridades governamentais ou pela sociedade; iii] não sofrer qualquer punição por sua entrada ilegal no país, se for o caso; iv] receber uma documentação provisória prevista pela legislação, qual seja, Protocolo Provisório, Cadastro de Pessoa Física e Carteira de Trabalho. Ademais, possuir os mesmos direitos e assistência básica igualitária a qualquer outro estrangeiro que tenha residência legal no país. Dentre os direitos civis, estão basicamente os de liberdade de pensamento, de ir e vir e de não sofrer qualquer tipo de tortura ou tratamentos cruéis degradantes. Nos direitos econômicos, culturais e sociais estão previstos o acesso a serviços como saúde pública, trabalho, educação e liberdade de culto. Já os refugiados residentes no Brasil possuem outros direitos, como solicitar para seus familiares a condição de refugiado por meio de reunião familiar, conforme a Lei 9.474/97 e Resolução Normativa nº 4 do CONARE. Também é direito receber o Registro Nacional de Estrangeiros (RNE), bem como Cadastro de Pessoa Física, Carteira de Trabalho e Passaporte para estrangeiro, quando for o caso de viagens autorizadas previamente pelo CONARE. Ainda, solicitar a permanência depois de ter vivido ao menos quatro anos no país com a condição de refugiado, ou em caso de ter cônjuge ou filho brasileiro. Também é assegurado reivindicar acesso a procedimentos que lhe permitam validar certificados e diplomas (ONU; ACNUR, 2012, p. 10).

Já os deveres daqueles que solicitam o refúgio são praticamente respeitar a Lei Pátria (Constituição Federal), bem como toda a legislação infraconstitucional brasileira. Na área penal, o refugiado que cometer qualquer crime ou infração responderá como qualquer outro brasileiro. Deve se ater a leis específicas que dizem respeito à proteção das crianças, adolescentes e mulheres. Não podem exercer qualquer atividade de natureza política. Precisam informar a Polícia Federal bem como o CONARE sobre qualquer mudança de endereço no prazo de 30 dias e manter sua documentação sempre atualizada. No caso dos já considerados refugiados, seus deveres específicos são o de não sair do território brasileiro sem prévia e expressa autorização do CONARE e não praticar qualquer ato contrário a segurança ou ordem pública, ambas sob pena de perder a condição de refugiado (ONU; ACNUR, 2012, p. 11).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A humanidade, ao longo de sua história, sempre viveu momentos de crises e guerras que causaram o deslocamento populacional para outras regiões.

O refúgio não é diferente. É um dos temas mais dramáticos da atualidade. Consiste em dar abrigo, apoio ou amparo àqueles que necessitam, seja em virtude de temor ou perseguição. É o ato de fugir de seu país porque no mesmo não lhe é prestada a proteção da qual necessita.

A crise humanitária que envolve a questão dos refugiados neste início de século é uma situação de emergência, a qual faz com que um grande número de pessoas esteja com suas vidas em risco, levando-as a procurar refúgio em outros países, diversos dos quais residiam para que possam sobreviver.

A partir da chamada Primavera Árabe com a queda de regimes na Síria e Líbia e com as guerras do Afeganistão e do Iraque, ocorreu a ascensão do Estado Islâmico e fortalecimento do terrorismo no Oriente Médio. Tais situações colocaram em risco a vida da população civil na região, intensificando os processos migratórios no mundo. Estes emigrantes são classificados

juridicamente como refugiados e a eles deve ser aplicada a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951e seu Protocolo adicional de 1967, os quais garantem direitos especiais aos refugiados, principalmente no sentido de não serem retirados compulsoriamente do território nacional de forma discricionária ou sem que haja fundamentos legais analisados pela justiça.

As Nações Unidas atribuíram ao Alto Comissariado da ONU para Refugiados (ACNUR) o mandato de conduzir e coordenar ações internacionais para a proteção dos refugiados e a busca de soluções duradouras para seus problemas. Seu papel principal é garantir que os países estejam conscientes das suas obrigações e atuem em conformidade com elas, de dar proteção aos refugiados e a todas as pessoas que buscam refúgio.

O Brasil tem recebido inúmeros refugiados da Síria, Angola, Colômbia, República Dominicana do Congo, Afeganistão, Palestina, Líbano, Libéria, Paquistão, Serra Leoa e do Iraque. Ao chegarem aqui, eles solicitam o refúgio junto ao Departamento da Polícia Federal. Essa solicitação é analisada pelo CONARE – Comitê Nacional para Refugiados, podendo ser deferido ou não.

Apesar de todos os direitos previstos em convenções internacionais e na legislação interna, apesar de todos os mecanismos e organismos criados para efetivar os direitos previstos, a forma como são recepcionados os refugiados no Brasil está muito aquém do padrão necessário para garantir a dignidade humana.

Assim como grande parcela da população nacional carece dos direitos sociais mais básicos, também os refugiados sofrem com estes problemas, destacando-se ainda o preconceito étnico-racial e a burocracia.

O governo brasileiro precisa criar um plano nacional para o acolhimento e inserção social dos refugiados de forma que a sua vinda e permanência no Brasil se dê em conformidade com o princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASSELA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público.** 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANDRADE, José H. Fischel de. **Direito Internacional dos Refugiados:** evolução histórica. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ANDRADE, José H. Fischel de; MARCOLINI, Adriana. A política brasileira de proteção e de reassentamento de refugiados: breves comentários sobre suas principais características. **Rev. bras. polít. int.**, Brasília, v. 45, n. 1, jun. 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 de maio 2017.

AVELINE, Ricardo Strauch. O novo estatuto do estrangeiro (Projeto de Lei 5.655/2009) em abordagem comparativa e sociológica. **Revista Atitude** - Construindo Oportunidades. Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre, Ano VI,n. 11, jan./jun. 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade.** Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Ministério da Justiça. **NORMATIVA 18 de 30 de abril de 2014.** Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/estrangeiros/refugio/anexos/resolucao-18-dou-pdf>. Acesso em: 18 maio 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Refúgio.** Publicado em 09 dez. 2015. Disponível em <http://www.justica.gov.br/central-de-atendimento/estrangeiros/refugio#refugio>. Acesso em: 12 maio 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997.** Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm>. Acesso em: 09 maio 2017.

BROZOWSKI, Jan. Migração internacional e desenvolvimento econômico. **Estudos Avançados.** v. 26, n. 75, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro.** 2. ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARBONARI, Paulo César. Direitos humanos no Brasil: uma leitura enfocada e em perspectiva da situação. In: SOUZA, Nair Heloísa Bicalho de; MIRANDA, Adriana Andrade; GORENSTEIN, Fabiana (Org).. **Desafios e Perspectivas para o Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil. Brasília:** Ministério da Justiça, 2011. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/desafiosperspectivasl.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

CARNEIRO, WIlington Pereira. Prefácio. In: JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

CARVALHO, Júlio Marino de. **Asilo político e direitos humanos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CASELLA, Paulo Borba, Refugiados: conceito e extenção, In: ARAUJO, Nádia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord). **O direito internacional dos refugiados:** uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito internacional da pessoa humana:** a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Márcio Pereira Pinto. Refugiado: o dever de solidariedade. In: ARAÚJO, Nadia; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord).. **O Direito Internacional dos Refugiados**: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GONZÁLEZ, Juan Carlos Murillo. A importância da lei brasileira de refúgio e suas contribuições regionais. In: BARRETO, Luis Paulo Teles Ferreira (Org).. **Refúgio no Brasil**: A Proteção Brasileira aos Refugiados e seu Impacto nas Américas. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Balmant. **Direito das Minorias e grupos vulneráveis**. Ijuí: Unijuí, 2008.

GUIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed**.** Porto Alegre: Penso, 2012.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra. **ODireito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

LEÃO, Renato Zerbini Ribero. CONARE: balanço de seus 14 anos de existência, In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de, (Org).. **60 anos de ACNUR:** Perspectivas de um futuro. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

MAZZUOLLI, Valerio de Oliveita. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MILESI, Rosita; AMBROS, Simone. **Políticas Públicas para as Migrações Internacionais**: Migrantes e Refugiados. Brasília: ACNUR, 2005.

OLIVEIRA, Lúcia Maria Brito de. **Desafios e perspectivas para o enfrentamento do tráfico de pessoas no Brasil.** Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Agência da ONU para Refugiados - ACNUR. **Direitos e Deveres dos Solicitantes de Refúgio e Refugiados no Brasil.** Publicado em 2012 pela Agência da ONU para Refugiados. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Direitos_e_Deveres_dos_Solicitantes_de_Refugio_e_Refugiados_no_Brasil_-_2012.pdf>. Acesso em: 21 maio 2017.

PETERKE, Sven. **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nadia; ALMEIDA, Guilherme Assis de (Coord).. **O Direito Internacional dos Refugiados**: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: JusPodivim, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de, (Org).. **60 anos de ACNUR:** Perspectivas de um futuro. São Paulo: CL-A Cultural, 2011.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed., rev. aumen. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Ariel; VERWEY, Anton; ZERBINI, Renato. A percepção brasileira dos refugiados. **Rev. bras. polít. int.**, Brasília, v. 43, n. 1, Jun 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292000000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 22 de maio 2017.

SILVA, João Carlos Jarichinski, Uma análise sobre os fluxos migratórios mistos, In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de, (Org).. **60 anos de ACNUR:** Perspectivas de um futuro. São Paulo: CL-A Cultural, 2011.

TEIXEIRA, Paula de Araújo Pinto. Direitos humanos dos refugiados. **Braz. J. Int'l L.,** v. 6, 2009, p. 15-16. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/brazintl6&div=4&id=&page=>. Acesso em: 15 maio 2017.

ANÁLISE COMPARATIVA DA LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA E DA LEI-MODELO DA UNCITRAL: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

Josiane Moreno Marchese[1]
Daniel Sica da Cunha[2]

INTRODUÇÃO

Em virtude da globalização das relações comerciais e da crise de eficiência do Poder Judiciário, havendo grande demora na efetivação das decisões, vê-se a necessidade de encontrar métodos alternativos que solucionem os conflitos decorrentes dessas transações. Nesse contexto, a arbitragem é um dos métodos extrajudiciais de solução de controvérsias mais utilizado no âmbito das relações internacionais.

A Lei-modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional é um instrumento de *soft law* cujo objetivo é harmonizar ou até mesmo uniformizar a regulamentação da arbitragem nas relações comerciais internacionais, buscando a minimização dos conflitos e maior segurança às partes envolvidas na controvérsia.

Dessa forma, o presente trabalho propõe a análise comparativa entre a Lei de Arbitragem Brasileira e a Lei-modelo da UNCITRAL, objetivando as convergências e divergências entre os dois diplomas legais. Justifica-se a temática por sua importância, tendo em vista que, analisando a doutrina brasileira, pode-se visualizar que apesar de os autores afirmarem que a Lei de Arbitragem Brasileira baseia-se na Lei-modelo da UNCITRAL, não é demonstrado se é no todo ou em parte, bem como quais os artigos que são iguais ou diferentes.

De modo a atingir os objetivos estabelecidos, a metodologia adotada no presente trabalho é baseada nos métodos dedutivo, analítico e dialético, realizada através de livros, artigos, teses e da própria legislação, partindo-se da conceituação de aspectos relevantes sobre a temática para após adentrar na comparação das respectivas leis.

Primeiramente será desenvolvido o assunto sobre a arbitrabilidade, enquanto limite imposto pela lei para que nem todos os tipos de controvérsias sejam passíveis de resolução pelo procedimento arbitral. Após dito estudo, será abordada a convenção de arbitragem, instrumento este responsável pela instituição da arbitragem.

No segundo capítulo, demonstrar-se-á o procedimento arbitral estabelecido na Lei de Arbitragem Brasileira e na Lei-modelo da UNCITRAL, iniciando o estudo sobre quem pode ser árbitro e sua capacidade para tanto. A seguir será abordado o princípio *kompetenz-kompetenz*, estabelecendo que cada árbitro é hábil a decidir sobre sua própria competência. Em seguida, tratar-se-á sobre as tutelas emergenciais, as quais podem se fazer necessárias antes e após a instituição da arbitragem. Posteriormente far-se-á considerações sobre as audiências, tanto de conciliação, como para apresentação de provas e alegações orais, e sobre o prazo para a prolação da sentença

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale.
[2] Doutor em Direito pela UFRGS. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: danielscunha@feevale.br.

arbitral. Por fim, prolatada a sentença arbitral, será abordada a impossibilidade de recorrer dela e será examinada a ação anulatória como único meio de impugnação à sentença arbitral.

Ao fim, os elementos legais apresentados e a contraposição entre as regras da Lei-modelo e da Lei de Arbitragem, permitirão analiticamente concluir pelas similitudes e diferenças entre os dois diplomas legais, de modo que se possa constatar se a Lei de Arbitragem Brasileira é compatível ou não com a Lei-modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, e se observa ou não suas disposições.

ANÁLISE COMPARATIVA DOS PRESSUPOSTOS DA ARBITRAGEM: ARBITRABILIDADE E CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Objetivando evitar o Poder Judiciário, as partes podem estabelecer o uso da arbitragem por meio de convenção de arbitragem. Contudo, em determinadas situações, a opção por esse método alternativo de solução de controvérsias não é viável, pois deve ser lembrado que a Lei de Arbitragem Brasileira limita o tema desta controvérsia, podendo somente tratar de direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, aqueles sobre os quais o Estado não cria reservas sobre interesses fundamentais da coletividade (MACEDO, 2008, p. 27).

Diante disso, a arbitrabilidade pode ser entendida como um limite para que certas questões sejam resolvidas por arbitragem, ou seja, a possibilidade daquela questão apresentada pelas partes ser solucionada por meio de um procedimento arbitral, compreendendo o que pode ser arbitrável ou não, sendo que os limites à arbitragem, bem como as matérias a serem tratadas no procedimento arbitral, são definidas nas legislações locais e nos critérios utilizados pelo Poder Judiciário, pois além da arbitrabilidade delimitar o âmbito de aplicação da arbitragem, ela também atinge a jurisdição do local da sede do tribunal que pode, por exemplo, não reconhecer ou executar sentença que não está de acordo com as determinações da lei nacional (SKITNEVSKY, 2010, p. 101-103).

A arbitrabilidade subjetiva refere-se à capacidade das partes envolvidas no litígio objeto da arbitragem, entendendo-se que determinados sujeitos ou entidades não podem fazer parte de um procedimento arbitral devido ao seu *status* ou função. Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro explica ainda que a doutrina clássica do direito administrativo entende que o Estado e entes públicos podem submeter-se à arbitragem somente se existir lei expressa que os autorize (MONTEIRO; CASTRO, 2014, p. 577-602).

Na opinião de Alexandre Santos de Aragão, a lei de arbitragem não restringe as pessoas capazes de utilizar-se da arbitragem para solucionar seus conflitos, entendendo que existem pessoas administrativas impedidas de fazer parte de um tribunal arbitral. No entanto, a razão do impedimento não é pela natureza da pessoa e sim pela natureza da atividade que é desenvolvida, sendo que até mesmo o Estado, na qualidade de prestador de serviços públicos, por envolver caráter econômico-financeiro, é passível de participação em arbitragem (ARAGÃO, 2014, p. 603-634).

Contudo, apesar de entendimentos contrários, a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, acrescentou dois parágrafos ao artigo 1º da Lei de Arbitragem, sendo que o parágrafo primeiro deixa clara a intenção do legislador ao falar que "a administração pública direta e indireta poderá utilizar-

se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis" (BRASIL, 1996), afastando a discussão sobre a necessidade de lei prévia autorizando a participação do ente Administrativo na arbitragem, regulamentando sua participação, continuando apenas com a questão sobre a arbitragem objetiva, ou seja, quais controvérsias que envolvem a Administração Pública podem ser submetidas à arbitragem (ROCHA, 2016, p. 103-126).

Além da arbitrabilidade subjetiva, tem-se também a arbitrabilidade objetiva como já acima mencionado, a qual determina quais disputas podem ser submetidas à arbitragem. Para Eduardo Grebler, é nesse estágio que se concentra a verdadeira arbitrabilidade, pois além da Lei de Arbitragem já ter sanado a questão sobre a participação do ente Administrativo na arbitragem, ela impõe como condição de validade à cláusula arbitral que o objeto do litígio seja um direito patrimonial disponível, limitando qualquer que seja a parte capaz que pretenda celebrar o negócio jurídico e estipular o tribunal arbitral como solução de eventual conflito que possa existir (GREBLER, 2014, p. 787-802).

Discorrendo ainda sobre esse tema, é bom frisar que o legislador não somente contentou-se em limitar o objeto litigioso às questões pertinentes a direitos patrimoniais, mas sim restringiu àqueles que se caracterizam pela disponibilidade jurídica, que se manifestam pela admissão de atos de apropriação, comércio, alienação e, em geral, de disposição (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 178).

A partir da análise de tais argumentos, surgem dúvidas sobre quais matérias, como por exemplo o direito da concorrência ou do consumidor, podem ser objeto de arbitragem. Luca Radicati Di Brozolo esclarece que desde o julgamento *Mitsubishi*, doutrinadores e tribunais aceitaram que o direito da concorrência, o qual é de grande relevância para o direito, não impede a arbitragem. O autor explica que a unanimidade no entendimento se deu em razão da crença de que árbitros têm o dever de aplicar e aplicarão as regras concorrenciais pertinentes, talvez até com mais competência do que os juízes nacionais. De qualquer forma, existe também a possibilidade dos tribunais revisarem a solução encontrada pelos árbitros em procedimentos de anulação ou de execução (BROZOLO, 2010, p. 162-194). Já na opinião de Antônio de Mattos Neto, o direito de concorrência não é passível de ser objeto de arbitragem, pois se trata de um assunto de ordem pública que versa sobre a economia de mercado e os excessos do poder econômico, havendo dessa forma a necessidade de um tribunal jurisdicional para sua análise (MATTOS NETO, 2014, p. 413-432).

Em sua destacada opinião, Carlos Alberto Carmona esclarece que as relações jurídicas tratadas no Código de Defesa do Consumidor podem ensejar instauração de procedimento arbitral, pois o fato da lei estabelecer a incidência de princípios obrigatórios, não significa o afastamento da arbitragem como método de solução de conflitos entre fornecedor e consumidor. A efetiva prevenção ou reparação de danos morais ou materiais não depende necessariamente do acesso ao Poder Judiciário, podendo o objetivo ser alcançado por outras vias, como por exemplo a arbitragem. Interessante destacar que o fato com mais importância do tema diz respeito à disponibilidade da relação jurídica que envolve fornecedor e consumidor de bens e serviços, podendo as partes diante do litígio que verse sobre estes temas, transigir, desistir e renunciar aos respectivos direitos, demonstrando a possibilidade de solução por tribunal arbitral (CARMONA, 2009, p. 52-53).

A Lei-modelo da UNCITRAL, por outro lado, não define o conceito de arbitrabilidade. De acordo com ela, contudo, em seu artigo 34, a sentença arbitral só poderá ser anulada se a parte que

fez o pedido fizer prova de que uma parte na convenção de arbitragem era incapaz ou que a convenção não é válida, que ela não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do processo arbitral, que a sentença tem por objeto um litígio não constante no compromisso ou não abrangido pela cláusula compromissória, ou que contenha decisões que ultrapassem os termos do compromisso ou da cláusula compromissória, que a constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não estão conformes à convenção das partes, ou ainda se o tribunal constatar que o objeto do litígio não é suscetível de decisão por arbitragem de conformidade com a lei do presente Estado ou se a sentença contrariar a ordem pública do presente Estado (COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL).

Passando-se para a abordagem do aspecto seguinte, Selma Maria Ferreira Lemes conceitua convenção de arbitragem como um instrumento responsável por instituir a arbitragem, podendo se dar pela forma de cláusula compromissória ou por compromisso arbitral, os quais possuem autonomia e potencialidade própria para a instituição do juízo arbitral (LEMES, 2016, p. 297-321). A Lei nº 9.307/96, em seu artigo 3º faz menção à convenção de arbitragem, explicando que "as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral". Contudo, a mencionada lei não chega a conceituar a convenção de arbitragem, somente demonstrando o alcance de institutos que podem compô-la, trazendo o entendimento que a convenção de arbitragem é o gênero do qual a cláusula compromissória (ou arbitral) e o compromisso arbitral são espécies (GAIO JÚNIOR, 2012, p. 36-37).

É possível conceituarmos a convenção de arbitragem como um contrato privado que disciplina matéria de interesse particular manifestado através da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, sendo o elemento indispensável para a instituição de um tribunal arbitral e sua competência no julgamento da lide (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 182). Na opinião de Carlos Alberto Carmona, a convenção de arbitragem é "o pacto por meio do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter à arbitragem a solução de eventual litígio" (CARMONA, 2009, p. 16).

Portanto, é necessário que as partes tenham convencionado mediante cláusula arbitral ou compromisso arbitral esta opção, renunciando à jurisdição. Entretanto, não se pode confundir compromisso arbitral e cláusula compromissória, pois ambas diferem-se entre si. A cláusula arbitral ou compromissória é aquela em que as partes, em um contrato, comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir. Enquanto que o compromisso arbitral, ao contrário da anterior, se refere a litígios já existentes (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 234).

Contrariamente à Lei de Arbitragem Brasileira, a Lei-modelo da UNCITRAL conceitua em seu artigo 7, a convenção de arbitragem como um acordo pelo qual as partes resolvem submeter à arbitragem todos ou parte das lides surgidas ou que venham a surgir entre elas, respeitando uma estabelecida relação jurídica, contratual ou extracontratual, sendo que a convenção pode dotar a forma de uma cláusula compromissória em um contrato ou a de uma convenção autônoma, devendo a convenção de arbitragem ser por escrito (COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL).

ANÁLISE COMPARATIVA DO DESENVOLVIMENTO DA ARBITRAGEM: PROCEDIMENTO ARBITRAL PREVISTO NA LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA E NA LEI-MODELO DA UNCITRAL

Existe outro ponto de análise que é importante contemplar neste trabalho, uma vez que a lei de arbitragem brasileira institui em seu artigo 13 que "pode ser árbitro qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes". Como se pode depreender da leitura do referido artigo, o único requisito de caráter subjetivo imposto pelo legislador é que a pessoa escolhida para ser árbitro esteja em gozo de sua plena capacidade civil, inexistindo qualquer outro requisito (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 197).

Para Selma Maria Ferreira Lemes, o árbitro é aquele terceiro escolhido pelas partes, independente delas, o qual não pode ter interesse próprio na solução da controvérsia, que versará sobre direitos patrimoniais disponíveis. Neste conceito estão presentes os princípios da independência e da imparcialidade, sendo o primeiro vinculado a critérios objetivos, não podendo o árbitro ceder a pressões das partes ou de terceiros, enquanto que o segundo princípio se acha vinculado a critérios subjetivos e de difícil avaliação, pois manifesta um estado de espírito do árbitro. Para assegurar que tais princípios sejam respeitados, a Lei de Arbitragem criou um sistema de conferência desses princípios através do dever de revelação do árbitro. Conforme o artigo 14 da referida lei, estão impedidos de exercer a função de árbitro aqueles que tenham com as partes ou com a controvérsia que lhes for sujeitado algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, devendo estes revelar, nos termos do parágrafo 1º do mesmo artigo, antes de aceitar a função de árbitro, "qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência" (LEMES, 2013, p. 231-251). Caso não haja acordo em relação a escolha dos árbitros, fica a cargo do judiciário, sendo o magistrado responsável por proferir a sentença que nomeará o árbitro ou os árbitros que conhecerão e decidirão o litígio (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 242-243).

O juízo arbitral pode ser singular, composto apenas por um único árbitro, ou colegiado, quando composto por vários árbitros, denominado neste caso de tribunal arbitral. Conforme o parágrafo 1º do artigo 13 da Lei de Arbitragem, sendo vários os árbitros, devem ser nomeados em número ímpar, objetivando evitar empate na votação. Caso ocorra de as partes nomearem número par de árbitros, estes são autorizados pelo parágrafo 2º do mesmo artigo a nomear mais um árbitro, visando sempre o número ímpar. O mesmo parágrafo ainda traz a possibilidade de ser o terceiro árbitro nomeado pelo Poder Judiciário, a pedido das partes, caso os árbitros nomeados em número par não chegarem a um acordo sobre a indicação do terceiro (ALVIM, 2004, p. 252-253).

Conforme o artigo 14, parágrafo 2º da Lei de Arbitragem, somente poderá ser recusado o árbitro por motivo ocorrido após a sua nomeação. O legislador neste caso quis criar um momento preclusivo de estabilização do processo, evitando que as partes pudessem afastar o árbitro anteriormente nomeado, simplesmente por não mais convir. Todavia, poderá o árbitro ser recusado por motivo anterior à nomeação quando não tiver sido nomeado pela parte ou quando o motivo for conhecido posteriormente à sua nomeação. A Lei de Arbitragem estipula em seu artigo 15 que a recusa do árbitro deve ser apresentada diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, colocando suas razões e apresentando as provas pertinentes (CARMONA, 2009, p. 256-257).

A Lei-modelo da UNCITRAL, por sua vez, não define quem pode ser árbitro e nem a capacidade exigida para tanto. Porém, em seu artigo 10, estabelece que as partes podem livremente determinar o número de árbitros que desejam, e na falta de tal determinação, o tribunal arbitral será composto por três árbitros. Já o artigo 11 trata da nomeação dos árbitros, determinando que as partes podem, por acordo, escolher livremente o processo que nomeará o árbitro ou os árbitros (COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL).

O artigo 12 da Lei-modelo da UNCITRAL trata da motivação para recusa do árbitro. Sua primeira parte menciona que a pessoa que é comunicada sobre sua possível nomeação como árbitro deverá revelar todas as circunstâncias que podem dar lugar a dúvidas justificadas acerca da sua imparcialidade ou independência, sendo que o árbitro, desde sua nomeação e durante todo o processo arbitral, deverá revelar o quanto antes tais circunstâncias às partes, a menos que já as tenha informado. A segunda parte diz que o árbitro só pode ser recusado se existirem circunstâncias que possam suscitar dúvidas fundamentadas sobre a sua imparcialidade ou independência ou se não possuir as qualificações que as partes acordaram. Uma parte só pode recusar um árbitro nomeado por si, ou em cuja nomeação tiver participado, por um motivo de que apenas tenha tido conhecimento após essa nomeação (COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL).

O procedimento de recusa do árbitro é tratado no artigo 13 da Lei-modelo, podendo as partes, por acordo, escolher livremente o processo de recusa do árbitro e na falta de tal acordo, a parte que tiver intenção de recusá-lo deverá expor por escrito os motivos da recusa ao tribunal arbitral, no prazo de 15 dias a contar da data em que teve conhecimento da constituição do tribunal arbitral ou da data em que teve conhecimento das circunstâncias que podem dar lugar a dúvidas justificadas acerca da imparcialidade ou independência do árbitro. Enquanto o pedido está pendente, o tribunal arbitral, incluindo o árbitro recusado, pode prosseguir com o processo arbitral e proferir uma sentença (COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL).

Passando-se para a abordagem do aspecto seguinte, é possível constatar ainda outro princípio presente na Lei de Arbitragem, qual seja o princípio competência-competência, também chamado de princípio *kompetenz-kompetenz*. Significa dizer que cada juiz é hábil a decidir sobre sua própria competência, sendo esta a primeira análise feita pelo magistrado, que só analisará os demais aspectos da demanda após considerar-se competente. Rodrigo Garcia da Fonseca entende que este princípio assegura efetivamente a resolução das controvérsias pelo árbitro, com a possível cooperação, mas sem a intromissão do Poder Judiciário, garantindo as partes que optaram por firmar a convenção de arbitragem, o acesso ao juízo arbitral (FONSECA, 2006, p. 277-303). Carlos Alberto Carmona conceitua o princípio competência-competência:

> [...] competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral (CARMONA, 2009, p. 175).

Apesar de ser um princípio muito associado ao direito arbitral, sua origem está no direito processual tradicional, como pode-se depreender do artigo 64, parágrafo 1º, do atual Código de Processo Civil, o qual estabelece que a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício pelo juiz. Na arbitragem, o princípio da competência-competência está expresso no artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, o qual estabelece que "caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória". O princípio se encontra presente também no artigo 20 e seus parágrafos, os quais determinam que a impugnação à competência do árbitro deve ser realizada pela parte na primeira oportunidade que tiver de se manifestar (FONSECA, 2006, p. 277-303).

Nessa esteira, o artigo 16 da Lei-modelo da UNCITRAL estabelece que o tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, estando incluída qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato, podendo o tribunal arbitral decidir pela nulidade do contrato, a qual não implicará automaticamente na nulidade da cláusula compromissória (COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL).

Anteriormente a Lei de Arbitragem, o artigo 1.086, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, dispunha que era defeso ao árbitro decretar medidas cautelares. Na realidade, o citado artigo visava proibir a execução ou cumprimento da medida cautelar e por um equívoco acabou por proibir sua decretação por intermédio do árbitro. Dessa forma, ignorando o erro do artigo, havendo a necessidade de tutela cautelar, a parte interessada deveria requerer a providência ao árbitro, que se vislumbrasse o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, concederia a medida. Havendo resistência, somente o árbitro solicitaria o concurso de força com o Poder Judiciário. Com o advindo da Lei de Arbitragem em 1996, o legislador deixou clara sua intenção estabelecendo que a parte interessada na concessão da tutela cautelar deveria dirigir-se ao árbitro fundamentando seu pedido. O árbitro, considerando demonstrados os mesmos requisitos acima citados, concederia a medida cautelar. Caracterizando-se a resistência da parte a quem for decretada a medida, o árbitro solicitaria o concurso ao magistrado, não para que este deliberasse sobre a concessão, mas apenas sobre a sua concretização (CARMONA, 2009, p. 323-324).

A doutrina entende que a necessidade de proteção emergencial pode surgir em dois momentos: antes da instauração do juízo arbitral ou após a sua implementação. Antes de instituído o juízo arbitral, a medida de urgência poderá ser requerida e deferida pelo Poder Judiciário. Paulo Hoffmann entende que após a instituição do juízo arbitral, toda e qualquer decisão deve ser de competência deste, inclusive a revisão de medidas anteriormente concedidas pelo juiz togado, não modificando em nenhum momento a competência do árbitro o fato de a decisão ter sido objeto de recurso aos Tribunais Superiores. O autor explica que se o mérito será decidido pelo árbitro, toda e qualquer situação envolvendo o litígio também deve ser de competência deste, não podendo nem mesmo as partes decidir pela impossibilidade do árbitro apreciar medidas de urgência, pois ou as partes elegem e confiam no juízo arbitral, ou não, não existindo a possibilidade de optar por parte da jurisdição arbitral (HOFFMANN, 2008, p. 310-311).

Com as alterações dadas pela Lei nº 13.129/2015, a Lei de Arbitragem dispõe que as medidas de urgência somente serão apreciadas pelo Poder Judiciário antes de instituída a arbitragem, conforme artigo 22-A da referida lei. No caso de já instituída a arbitragem, cabe ao tribunal arbitral dispor sobre medidas coercitivas e cautelares solicitadas pelas partes (NANNI, 2015, p. 123-153).

A Lei-modelo da UNCITRAL determina em seu artigo 17, o qual fala das *interim measures*, que, salvo acordo em contrário das partes, o tribunal arbitral pode ordenar *interim measure* a pedido de uma das partes. Na segunda parte do artigo, a Lei-modelo esclarece que uma *interim measure* é uma medida temporária, sob a forma de sentença ou sob qualquer outra forma, pela qual, em qualquer momento anterior à sentença que decide o litígio, o tribunal arbitral ordena a uma das partes que: mantenha ou reponha o *status quo* enquanto decorrer a resolução do litígio; tome medidas para prevenir ou que se abstenha de tomar medidas que possam vir a causar dano ou prejuízo iminente ao próprio processo arbitral; faculte os meios para proteger os bens que possam ser objeto de uma execução de sentença posterior; ou preserve as provas que possam ser relevantes e materiais na resolução do litígio. Como uma segunda medida cautelar, a Lei-modelo fala sobre a *preliminary order*, a qual é uma medida que visa garantir o cumprimento da *interim measure*. Esta última medida, característica do direito internacional, não possuindo uma equivalência no direito processual brasileiro, o qual possui somente uma medida englobando as duas proteções (COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL)

Em relação ao procedimento arbitral, Joel Dias Figueira Júnior afirma que anteriormente à apresentação dos requerimentos iniciais, e consequentemente, da formação do contraditório e da relação jurídico-processual, o tribunal arbitral ou o árbitro deverá, obrigatoriamente, designar preliminarmente uma audiência de conciliação, conforme estabelece o artigo 21, §4°. As partes ou os árbitros não podem recusar essa audiência, a qual é fundamental, tendo como objetivo aproximar os litigantes e os julgadores entre si. Caso a audiência atinja um acordo, seus termos serão registrados em sentença homologatória, contendo os requisitos estipulados na Lei de Arbitragem, tratando-se assim como as outras, de decisão irrecorrível (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 209-210).

Assim como o juiz togado, o árbitro deverá instruir o processo arbitral, a fim de prepará-lo para a decisão, extraindo as provas que julgar úteis e necessárias ao seu convencimento. A proposição das provas, sua admissão e produção obedecem ao que as partes houverem disposto na convenção de arbitragem a respeito do procedimento arbitral, e, no silêncio destas, conforme o estabelecido pelo árbitro. A proposição das provas é ato exclusivo das partes, as quais possuem interesse em que suas alegações sejam tidas como verdadeiras. Contudo, é admitido que o árbitro com poderes equiparados ao juiz togado, conforme artigo 370 do atual Código de Processo Civil, determine as provas necessárias à instrução do procedimento arbitral (ALVIM, 2004, p. 316-317).

As audiências e os procedimentos por escrito são mencionados no artigo 24 da Lei-modelo da UNCITRAL, o qual estabelece em sua primeira parte que salvo acordo contrário das partes, o tribunal arbitral deverá decidir sobre a realização de audiências para a apresentação de provas ou para alegações orais, ou se o processo será conduzido com base em documentos e demais provas. No entanto, a menos que as partes tenham acordado em não celebrar audiências, o tribunal arbitral

deverá organizar essas audiências em uma fase adequada do processo, a pedido de uma das partes (COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL).

Passando-se para o aspecto seguinte, diferentemente do processo jurisdicional, a decisão do processo arbitral tem um prazo determinado para ser prolatada. No processo civil não há um tempo estipulado para que haja a sentença, já no procedimento arbitral, conforme estabelece o artigo 23 da Lei de Arbitragem, a sentença arbitral será proferida no prazo definido pelas partes e caso elas não convencionem sobre o assunto, o prazo será de seis meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Esta regra trata-se de fator vantajoso à solução da controvérsia, pois garante maior segurança em possuir um prazo pré-estabelecido em lei a fim de prolatar a sentença em um tempo razoável, garantindo a celeridade do procedimento (SANTOS, 2014, p. 1049-1068). Diferentemente, a Lei-modelo da UNCITRAL não estipula nenhum prazo para a prolação da sentença, somente estabelece em seu artigo 28 que o tribunal arbitral decidirá o litígio de acordo com as regras de direito escolhidas pelas partes a serem aplicadas ao mérito do pedido (COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL).

Prolatada a sentença arbitral, o artigo 18 da Lei de Arbitragem estabelece que tal sentença não está sujeita a recurso. Dessa forma, inexiste um mecanismo legal que proporcione a devolução da matéria decidida a um novo julgamento objetivando reformar a decisão do árbitro. José Eduardo Carreira Alvim explica que nem mesmo as partes podem convencionar submeter a sentença arbitral ao duplo grau de jurisdição estatal, não impedindo, porém, que as partes convencionem um tribunal arbitral de recurso, para que a sentença proferida em primeiro grau possa ser reexaminada por um órgão privado de segundo grau, sem qualquer interferência do Poder Judiciário (ALVIM, 2004, p. 369-370).

Contrariando tal entendimento, Joel Dias Figueira Júnior analisa o artigo 18 da Lei de Arbitragem, percebendo que a impossibilidade de impugnação da sentença arbitral não é apenas perante o Poder Judiciário, estendendo a proibição para qualquer entidade arbitral institucional ou especializada, seja ela nacional ou estrangeira, sendo que publicada a sentença arbitral, o árbitro ou tribunal arbitral exaure sua jurisdição estatal, pondo fim ao processo arbitral. Para o autor, a única exceção está presente no artigo 30 da referida da lei, o qual prevê a possibilidade dos embargos de declaração para corrigir qualquer erro material da sentença arbitral ou a fim de esclarecer alguma obscuridade, dúvida ou contradição presentes na sentença arbitral, ou que se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 271-272).

Conforme estudado anteriormente, a Lei de Arbitragem excluiu qualquer possibilidade de recurso ou revisão formal da sentença arbitral pelo Poder Judiciário. Contudo, esta sentença não está totalmente imune ao Poder Judiciário, pois a Lei de Arbitragem prevê, em seu artigo 33, a possibilidade das partes promoverem a ação anulatória da sentença arbitral, nos casos previstos na respectiva lei. O interessado em ver a sentença anulada deverá dirigir-se ao órgão jurisdicional competente e propor a demanda de conformidade com o artigo 319 do atual Código de Processo Civil. O fundamente jurídico do pedido deverá basear-se em alguma das hipóteses elencadas no artigo 32 da Lei de Arbitragem, e o objeto imediato será a desconstituição da sentença arbitral (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 269-271).

Assim como a Lei Brasileira de Arbitragem, a Lei-modelo da UNCITRAL, além de não prever a possibilidade de recurso à sentença arbitral e de apresentar os embargos de declaração, em seu artigo 33, autorizando a retificação e interpretação da sentença arbitral, dispõe em seu artigo 34 que o pedido de anulação da sentença arbitral é o único meio de recurso possível a ser aplicado à sentença (COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL).

CONCLUSÃO

Na atual realidade que se encontra o Poder Judiciário e em virtude do crescente aumento das relações comerciais internacionais torna-se necessário encontrar métodos alternativos mais céleres que solucionem as controvérsias decorrentes desses contratos. Através deste estudo, o presente trabalho objetivou analisar comparativamente a Lei de Arbitragem Brasileira e a Lei-modelo da UNCITRAL, demonstrando a partir dessa análise as convergências e divergências entre os dois diplomas legais, buscando concluir se a Lei de Arbitragem observa total ou parcialmente as disposições constantes na Lei-modelo.

Dessa forma, realizou-se um estudo comparativo entre a Lei de Arbitragem Brasileira e a Lei-modelo da UNCITRAL, demonstrando o que é estabelecido sobre cada temática nas respectivas leis, abordando primeiramente os pressupostos da arbitragem, e posteriormente, o procedimento arbitral. De acordo com a análise, tanto há pontos de convergência, quanto de divergência entre as leis estudadas.

Quanto aos pressupostos, pode-se verificar que a arbitrabilidade possui divergências entre o que estabelece cada diploma legal. A Lei de Arbitragem Brasileira em seu primeiro artigo traça um limite para que certas questões não sejam resolvidas por arbitragem, quando estabelece que só as pessoas capazes de contratar poderão valer-se do procedimento arbitral para dirimir litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis. Dessa forma, a arbitrabilidade estabelecida pela lei é a possibilidade de dita questão apresentada pelas partes ser solucionada por meio de um processo arbitral, compreendendo o que pode ser arbitrável ou não.

Por outro lado, a Lei-modelo da UNCITRAL, não define o conceito de arbitrabilidade. De acordo com ela, contudo, a sentença arbitral só poderá ser anulada se a parte que fez o pedido fizer prova de que uma parte na convenção de arbitragem era incapaz ou que a convenção não é válida, que ela não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do processo arbitral, que a sentença tem por objeto um litígio não constante no compromisso ou não abrangido pela cláusula compromissória, ou que contenha decisões que ultrapassem os termos do compromisso ou da cláusula compromissória, que a constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não estão conformes à convenção das partes, ou ainda se o tribunal constatar que o objeto do litígio não é suscetível de decisão por arbitragem de conformidade com a lei do presente Estado ou se a sentença contrariar a ordem pública do presente Estado. Pode-se verificar que, neste artigo, a Lei-modelo importa-se mais com a autonomia da vontade das partes e com as regras estabelecidas pelo Estado que adotá-la, não estipulando os mesmos limites que a lei nacional dispõe, constatando-se que neste ponto a Lei de Arbitragem Brasileira não se baseou na Lei-modelo da UNCITRAL.

No que concerne à convenção de arbitragem, não é estabelecido um conceito sobre ela na lei brasileira, somente fala-se que a convenção de arbitragem é entendida como a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Contudo, conforme estudado doutrinariamente, a convenção de arbitragem é o instrumento responsável por instituir a arbitragem, sendo a expressão da vontade das partes interessadas em uma mesma direção, sendo a cláusula arbitral ou compromissória aquela em que as partes, em um contrato, comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir e o compromisso arbitral, ao contrário da anterior, se refere aos litígios já existentes.

A Lei-modelo da UNCITRAL, adotando outra técnica legislativa, conceitua a convenção de arbitragem como sendo um acordo pelo qual as partes resolvem submeter à arbitragem todos ou parte das lides surgidas ou que venham a surgir entre elas, respeitando uma estabelecida relação jurídica, contratual ou extracontratual, podendo dotar a forma de uma cláusula compromissória em um contrato ou a de uma convenção autônoma, devendo a convenção de arbitragem ser por escrito. Verifica-se que apesar da doutrina ter preenchido a ausência de um conceito para a convenção de arbitragem, a lei brasileira, ainda que não apresente uma definição legal, segue os parâmetros da lei-modelo que traça exatamente o significado de dita convenção.

Já quanto ao procedimento estabelecido nas duas legislações, como pontos de divergência, têm-se que a Lei de Arbitragem Brasileira estabelece que pode ser árbitro qualquer pessoa capaz que possua a confiança das partes, não prevendo exatamente qual a capacidade exigida. Para a legislação brasileira, o juízo arbitral pode ser singular, composto apenas por um único árbitro, ou colegiado, quando composto por vários árbitros, denominado neste caso de tribunal arbitral, devendo ser sempre em número ímpar, a fim de evitar empates em votações. A Lei-modelo da UNCITRAL, por sua vez, não define quem pode ser árbitro e nem a capacidade exigida para tanto. Porém, estabelece que as partes podem livremente determinar o número de árbitros que desejam, e na falta de tal determinação, o tribunal arbitral será composto por três árbitros. Percebe-se que nesta parte existem pontos de divergência entre as leis, não tendo a lei brasileira adotado o disposto na lei-modelo, pois buscou delimitar a capacidade para ser árbitro.

No mesmo diapasão, a Lei de Arbitragem estabelece que anteriormente à apresentação dos requerimentos iniciais, e consequentemente, da formação do contraditório e da relação jurídico-processual, o tribunal arbitral ou o árbitro deverá, obrigatoriamente, designar preliminarmente uma audiência de conciliação. Contudo, a Lei-modelo da UNCITRAL não faz nenhuma menção à realização de audiências de conciliação. Ainda tratando de divergência, a lei brasileira estipula que a sentença arbitral será proferida no prazo definido pelas partes e caso elas não convencionem sobre o assunto, o prazo será de seis meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Diferentemente do exposto, a Lei-modelo não estipula nenhum prazo para a prolação da sentença, verificando-se que a legislação brasileira, devido a sua bastante crise de eficiência com o Poder Judiciário, procurou um procedimento que tenha uma resolução com data pré-estabelecida, garantindo a celeridade do processo.

Como pontos de convergência, percebe-se que ambas as leis adotam o mesmo procedimento em caso de problemas na nomeação dos árbitros. Tanto o diploma brasileiro, quando o internacional, dispõem que caso ocorra de as partes nomearem número par de árbitros, estes são

autorizados a nomear mais um árbitro, podendo, também, o terceiro árbitro ser nomeado pelo Poder Judiciário, a pedido das partes, caso os árbitros nomeados em número par não chegarem a um acordo sobre a indicação do terceiro. Da mesma forma, tanto a Lei de Arbitragem Brasileira, quando a Lei-modelo da UNCITRAL falam sobre a recusa do árbitro, sendo a primeira mais breve em seus comentários.

Dando continuidade ao procedimento, falou-se do princípio *kompetenz-kompetenz*, que significa que o próprio árbitro deve decidir sobre sua própria competência, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram. Ambos os diplomas legais possuem esse princípio, que para este efeito, determinam que uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato, podendo o tribunal arbitral decidir pela nulidade do contrato, a qual não implicará automaticamente na nulidade da cláusula compromissória, não gerando dessa forma a nulidade de tudo o que estiver relacionada a cláusula compromissória.

Ainda como ponto de convergência, pode-se aferir que ambas as leis dispõem sobre a proposição de provas, sua admissão e produção, realizando audiências para sua apresentação ou para alegações orais, devendo obedecer ao que as partes houverem disposto na convenção de arbitragem a respeito do procedimento arbitral, e, no silêncio destas, conforme o estabelecido pelo árbitro ou tribunal arbitral. Prolatada a sentença arbitral, ambas as leis estabelecem que tal sentença não está sujeita a recurso, inexistindo um mecanismo legal que proporcione a devolução da matéria decidida a um novo julgamento objetivando reformar a decisão do árbitro. Existe apenas a possibilidade de proposição de algo semelhante aos embargos de declaração, que corrija qualquer erro material da sentença arbitral ou a fim de esclarecer alguma obscuridade, dúvida ou contradição presentes na sentença arbitral. Assim como a Lei Brasileira de Arbitragem, a Lei-modelo da UNCITRAL, dispõe que o pedido de anulação da sentença arbitral é o único meio de recurso possível a ser aplicado à sentença, prevendo taxativamente os motivos para tanto e o mesmo prazo para a proposição da ação.

Em se tratando de tutelas emergenciais, ambos os diplomas dispõem sobre tais medidas. A Lei de Arbitragem Brasileira, após sua alteração dada pela Lei nº 13.129/2015, passou a dispor que as medidas de urgência somente serão apreciadas pelo Poder Judiciário antes de instituída a arbitragem, e em caso de já instituída, cabe ao tribunal arbitral dispor sobre medidas coercitivas e cautelares solicitadas pelas partes. A Lei-modelo da UNCITRAL, por sua vez, possui seu próprio regime sobre tutelas emergenciais, dispondo que salvo acordo em contrário das partes, o tribunal arbitral pode ordenar uma *interim measure*, a qual é uma medida temporária, a pedido de uma das partes. Como uma segunda medida cautelar, a Lei-modelo fala sobre a *preliminary order*, a qual é uma medida que visa garantir o cumprimento da *interim measure*. Esta última medida, característica do direito internacional, não possui uma equivalência no direito processual brasileiro, o qual possui somente uma medida englobando as duas proteções.

Portando, pode-se concluir que a Lei de Arbitragem Brasileira é compatível com a Lei-modelo da UNCITRAL, havendo mais pontos de convergência do que de divergência em ambos os diplomas, facilitando, desta forma, as arbitragens internacionais que envolvam contratos celebrados no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito Arbitral.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 27, p. 70-102. Out./Dez. 2010. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. v. 4, p. 603-634. Set. 2014. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000001561dd6e26c5f51718f&docguid=I049120703e5f11e09ce30000855dd350&hitguid=I049120703e5f11e09ce30000855dd350&spos=3&epos=3&td=276&context=4&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 24 jul. 2016.

BRASIL, Presidência da República. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em 17 abr. 2016.

BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e Direito da Concorrência. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 27, p. 162-194. Out./Dez. 2010. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000156f6ea85f0426638fa&docguid=I978164003a5711e0baa700008558bb68&hitguid=I978164003a5711e0baa700008558bb68&spos=1&epos=1&td=100&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 04 set. 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. **Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.** Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2016.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. O princípio competência-competência na arbitragem. Uma perspectiva brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação.** v. 9, p. 277-303. Abr./Jun. 2006. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000001573048c2fb94660f90&docguid=Ib18428c0f25311dfab6f010000000000&hitguid=Ib18428c0f25311dfab6f010000000000&spos=28&epos=28&td=36&context=298&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 14 set. 2016.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Teoria da Arbitragem**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 2, p. 60-72. Mai./Ago. 2004. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**. v. 4, p. 1219-1235. Nov. 2012. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. v. 4, p. 787-802. Set. 2014. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000001566b193960039902e0&docguid=I9e384760f25311dfab6f010000000000&hitguid=I9e384760f25311dfab6f010000000000&spos=5&epos=5&td=276&context=291&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 08 ago. 2016.

HOFFMANN, Paulo. Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas quando o Juízo Estatal é chamado a intervir. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord).. **Arbitragem no Brasil**: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Acordo de acionistas – Sistema de solução de conflitos "Tailor Made" – cláusula compromissória aberta (art. 6º da Lei 9.307/1996), com todas as potencialidades para instituir a arbitragem (art. 7º) – efeito vinculante – não se trata de cláusula escalonada – mediação ou arbitragem – admissibilidade de cláusula de arbitragem e eleição de foro (execução específica) – cláusula combinada ou fracionada – instituição de arbitragem pelo juízo de primeiro grau (parecer). **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 7, p. 297-321. Abr./Jun. 2016. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000001569dff7cac039c28cc&docguid=If8618c50484311e6bff0010000000000&hitguid=If8618c50484311e6bff0010000000000&spos=20&epos=20&td=21&context=27&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada. Quanto a sua independência e imparcialidade (art. 14, § 1º, da Lei 9.307/1996) e a ação de anulação de sentença arbitral (art. 32, II, da Lei 9.307/1996). **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 36, p. 231-251. Mar. 2013. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001570bbf968f73c2a421&docguid=Ibac317d0888211e280ef010000000000&hitguid=Ibac317d0888211e280ef010000000000&spos=11&epos=11&td=4000&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 07 set. 2016.

MACEDO, Alberto. Arbitragem e recuperação de empresas. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord).. **Arbitragem no Brasil**: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei de Arbitragem. **Revista de Processo**. v. 122, p. 151-166. Abr. 2005. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. v. 2, p. 413-432. Set. 2014. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000156f6ea85f02b27739d&docguid=Ibc3053f0f25511dfab6f010000000000&hitguid=Ibc3053f0f25511dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=100&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 04 set. 2016.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes. Direito Tributário e Arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. v. 88, p. 18-47. Set./Out. 2009. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. v. 4, p. 577-602. Set. 2014. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000001561de02ed74f47f2a3&docguid=I94cecd602d4111e0baf30000855dd350&hitguid=I94cecd602d4111e0baf30000855dd350&spos=7&epos=7&td=276&context=55&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 24 jul. 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à Jurisdição! 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NANNI, Giovanni Ettore. Medidas cautelares depois de instituída a arbitragem: reflexões à luz da reforma da Lei de Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 45, p. 123-153. Abr./Jun. 2015. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000157786c7cdaafe49bfb&docguid=I3728ed60247911e5a7f2010000000000&hitguid=I3728ed60247911e5a7f2010000000000&spos=2&epos=2&td=22&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 set. 2016.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 49, p. 103-126. Abr./Jun. 2016. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad60079000001569aaed1039f5573a6&docguid=Ia5168c1032b011e694110100000000000&hitguid=Ia5168c1032b011e6941101000000000000&spos=1&epos=1&td=100&context=4&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 17 ago. 2016.

SANTOS, Luciano Alves Rodrigues dos. Formação e execução de título executivo em processo arbitral. **Revista dos Tribunais**. v. 928, p. 283-301. Fev. 2013. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**. v. 3, p. 1049-1068. Set. 2014. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a000001580859cbf216747d99&docguid=I37b784106f6511e2ada2010000000000&hitguid=I37b784106f6511e2ada2010000000000&spos=4&epos=4&td=1279&context=29&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 out. 2016.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. A doutrina do segundo olhar. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan Barros; CASADO FILHO, Napoleão (Coord). **Arbitragem Internacional**: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

A APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tamiris Fernandes[1]
Daniel Sica da Cunha[2]

A DEFINIÇÃO DE SEQUESTRO NA CONVENÇÃO DE HAIA: VIOLAÇÃO DO DIREITO DE GUARDA E DE VISITAÇÃO TUTELADOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Com a globalização e crescimento das famílias internacionais, percebeu-se a necessidade da criação de mecanismos que auxiliassem nos possíveis conflitos advindos destes relacionamentos. Com este intuito, foi criada a Convenção de Haia Sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 que visa, primordialmente, o melhor interesse do infante, principalmente em questões relativas à guarda e visitação, utilizando-se do princípio da residência habitual.

De acordo com Nádia de Araújo (2011), a Conferência de Haia instituiu o estudo do "rapto legal" nos anos 1970, pois na época a maior parte dos casos era referente à remoção ilícita da criança pelo pai, iresignado com as decisões judiciais que, em grande parte, favoreciam exclusivamente a mãe nas questões relacionadas à custódia da criança. Vale dizer, antes de a Convenção ser instituída em 1980, o processo para recuperação de uma criança que havia sido levada para local desconhecido por um dos genitores era extremamente complexo. Além da exigência de um processo de investigação, a parte interessada não contava com qualquer suporte das autoridades do local onde presumia-se estar a criança (DOLINGER, 2003).

No que tange aos objetivos, a Convenção de Haia em seu artigo 1º ressalta a importância da cooperação internacional entre os países signatários. Logo, haverá um ilícito de sequestro internacional de crianças quando houver violação dos direitos resguardados na Convenção. Vale mencionar, que a expressão *sequestro*, contida no título do referido tratado, vem do inglês "*abduction*", mas seu significado não deve ser confundido com o crime tipificado no Código Penal (MAZZUOLI; MATTOS, 2014) Na versão francesa da Convenção de Haia, utiliza-se o termo "*enlévement*", que significa retirada, remoção. Já em Portugal, é utilizado o termo "*rapto*", considerado apropriado na legislação portuguesa, mas que possui um significado diferente na legislação brasileira. Em relação à amplitude de aplicabilidade do termo *sequestro*, ressalta-se que a Convenção dispõe apenas sobre os aspectos civis do sequestro de crianças, de forma que, as perspectivas acerca do sequestro de menores no âmbito criminal são regidas pelo Código Penal em seu artigo 249, portanto, tais institutos não devem ser confundidos (MESSERE, 2005).

Todavia, as expressões 'sequestro parental' ou 'sequestro interparental' referem-se a uma transferência (*removal*) ilegal de criança ou adolescente de seu país de residência habitual e/ou sua

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. Email: tamifernandes.adv@yahoo.com.
[2] Doutor em Direito pela UFRGS. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. Email: danielscunha@feevale.br.

retenção (*retention*) indevida em outro país, na maioria das vezes praticadas por um dos genitores ou parentes próximos (MAZZUOLI; MATTOS, 2014). Tanto a doutrina nacional quanto a estrangeira revelam que no início da vigência da Convenção, o "sequestrador" mais comum era o pai da criança, mas atualmente verifica-se que as mães, na grande maioria dos casos (LOWE, 2011), vem sendo as abdutoras de seus filhos (TIBURCIO; CALMON, 2014).

Quanto às razões que levariam um genitor a 'sequestrar' o próprio filho, Hilgeman afirma que "a principal motivação de sequestro familiar é poder, controle e vingança"[3] (HILGEMAN, 2001, p. 01) Entretanto, algumas pesquisas realizadas na Itália, Grécia e Austrália, nos casos de sequestro internacional de crianças, apontaram que a violência doméstica é considerada um motivo importante para as mães quando fogem com seus filhos para outros países. Inclusive, o Comitê da Convenção de Haia nos EUA, em 2005, expediu o relatório *A Convenção de Haia sobre o Sequestro Internacional de Crianças: O Retorno da Criança e a Presença de Violência Doméstica.* Neste relatório, foi apresentado um apoio a uma interpretação mais ampla da expressão "grave risco" contida no artigo 13, alínea b, da Convenção de Haia, uma vez que muitas crianças são retiradas do país de sua residência habitual justamente para sua proteção, considerando o risco de violência doméstica (MAZZUOLI; MATTOS, 2014) Em relação às vítimas, geralmente são crianças com idade entre 02 e 11 anos, sendo que destas, 75% têm 06 anos ou menos (FINKELHOR; HOTALING; SEDLAK, 1990).

Cabe salientar, que há duas formas do abdutor praticar o sequestro interparental. Na primeira possibilidade, chamada de remoção ou transferência, a criança ou adolescente é retirado de maneira ilícita do país de sua residência habitual, isto é, sem o consentimento do outro genitor. O outro modo que configura o sequestro é quando a remoção por si só não é ilícita, mas o fato de o menor estar distante de sua residência habitual caracteriza a ilicitude da conduta, ou seja, quando um genitor recebe o aval do outro para levar a criança à uma viagem no exterior por determinado tempo, mas não volta no tempo estipulado, esta hipótese é denominada de retenção (TIBURCIO; CALMON, 2014).

A Convenção, em seu artigo 3°, exemplifica as hipóteses ilícitas de transferência ou retenção de crianças, prevendo o seguinte:

> A transferência ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando: a) tenha havido violação a direito de guarda atribuído a pessoa ou a instituição ou a qualquer outro organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tivesse sua residência habitual imediatamente antes de sua transferência ou da sua retenção; e b) esse direito estivesse sendo exercido de maneira efetiva, individual ou em conjuntamente, no momento da transferência ou da retenção, ou devesse está-lo sendo se tais acontecimentos não tivessem ocorrido. O direito de guarda referido na alínea a) pode resultar de uma atribuição de pleno direito, de uma decisão judicial ou administrativa ou de um acordo vigente segundo o direito desse Estado.

Desta forma, fica evidente que apesar da Convenção não fazer menção à regulamentação de guarda, resta preestabelecido que uma violação a tal direito, seja ele pertencente a quem for já caracteriza transferência ou retenção ilícita.

[3] "the typical motivation for Family abduction is power, control and revenge" (tradução do autor).

No tocante à residência habitual da criança, mencionada na alínea "a" do dispositivo supracitado, é relevante consignar que "a Convenção aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita". Salienta-se que, no Direito Brasileiro, o fato de um genitor "mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós", caracteriza alienação parental, conforme o disposto no artigo 2°, parágrafo único, da Lei n° 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental), podendo o genitor sofrer as sanções previstas na referida lei, dentre elas a eventual suspensão do poder familiar.

Logo, havendo cooperação entre os Estados envolvidos no caso e comprovado o ilícito, aplica-se a Convenção de Haia, não para determinar a guarda, mas sim, primordialmente, para verificar o que seria mais benéfico para a criança, respeitando os princípios da residência habitual e melhor interesse da criança.

Por se tratar de um instrumento internacional, a Convenção utiliza regras do Direito Internacional Privado, desta forma, o princípio da residência habitual foi o elemento de conexão escolhido para informar qual lei deverá ser aplicada à análise do pedido de cooperação jurídica internacional em casos de sequestro interparental (MELLO, 2012). Nesse sentido, cabe destacar o entendimento de Silberman e Bodenheimer (2006, p. 1054):

> O Estado de residência habitual da criança é o lugar apropriado para tomar qualquer decisão sobre a guarda e visitação. É o lugar onde a criança e a família viveram e onde grande parte das evidências sobre o que vai ser melhor no interesse da criança será localizado.[4]

Atualmente, o desafio consiste em estabelecer se a residência habitual será mais benéfica do que prejudicial à criança, entretanto, essas questões irão depender das normas internas de cada Estado (MELLO, 2012). Cabe enfatizar que o conceito de residência habitual, previsto no artigo 12 da Convenção, objetiva não perturbar a estabilidade de uma criança que já esta instalada em um determinado ambiente (MÉRIDA, 2011).

Como mencionado anteriormente, a questão relativa à homologação da guarda não está inserida nos objetivos da Convenção, uma vez que apenas depois do retorno da criança para o Estado de sua residência habitual serão resolvidos os direitos de guarda pelo juiz natural (TIBURCIO; CALMON, 2014). Segundo Elisa Pérez-Vera (1982), embora a Convenção de Haia não sugira outras formas de guarda da criança, além da guarda unilateral, elas são admissíveis, como por exemplo, a guarda compartilhada.

Nota-se que os elementos trazidos no artigo 5° da Convenção de Haia, com relação aos direitos de guarda e direitos de visita, não são taxativos ou "fechados", justamente para permitir ao julgador ou autoridade competente de cada Estado, uma aplicabilidade da Convenção com maior discricionariedade em relação à avaliação em torno de uma possível existência de titularidade de tais direitos conforme o Direito objetivo do Estado da residência habitual do menor. Ou seja, o

[4] "The State of habitual residence of the child is the appropriate place to make any decision about custody and visitation. It is the place where the child and the family have lived and where much of the evidence about what will be in the best interests of the child will be located" (tradução do autor).

primordial é identificar a essência da situação jurídica de cada caso para constatação e configuração dos direitos de guarda e dos direitos de visita (TIBURCIO; CALMON, 2014).

Ainda, a Convenção, em seu artigo 13, assegura o direito de manifestação, pois estipula a possibilidade de que crianças e adolescentes sejam ouvidos quando se opuserem ao retorno imediato. Essa manifestação, porém, somente será válida se eles já tiverem idade e maturidade para emitir opiniões acerca da questão que lhes convenha.

No que diz respeito à aplicação, a Convenção delimita sua utilização às crianças que tenham residência habitual em um Estado signatário, porém não impossibilita sua utilização se a criança for levada de um Estado signatário para um Estado não signatário, ou vice-versa, desde que um dos polos tenha aderido ao Tratado (TIBURCIO; CALMON, 2014). Ademais, estabelece e qualifica criança como aquele sujeito menor de 16 anos, conforme prevê em seu art. 4º. "aplica-se a qualquer criança que tenha residência habitual num Estado Contratante, imediatamente antes da violação do direito de guarda ou de visita. A aplicação cessa quando a criança atingir a idade de dezesseis anos". Tal delimitação quanto à aplicabilidade somente para menores de 16 anos vigora em virtude do entendimento de que os adolescentes inseridos acima desta faixa etária já teriam maturidade e discernimento para decidir o que é melhor para eles, impondo assim, tanto aos seus genitores quanto aos magistrados, que respeitem sua vontade (TIBURCIO; CALMON, 2014). Cumpre ressaltar que, mesmo se o procedimento de retorno do adolescente tenha iniciado antes dele completar dezesseis anos, ao alcançar tal idade, a Convenção não poderá mais ser empregada (PÉREZ-VERA, 1982).

Diante deste fato fica evidente a flexibilidade da Convenção, haja vista o seu poder de se adaptar ao caso concreto, porém sem deixar de cumprir com seu objetivo: priorizar o bem-estar da criança, ora por meio do retorno imediato ou pela via da manifestação da vontade do protegido, onde há opção de permanecer no local de retenção ou não.

A Convenção não possui um conceito taxativo referente à guarda e visitação, mas prevê que a guarda "compreenderá os direitos relativos aos cuidados com a pessoa da criança, e, em particular, o direito de decidir sobre o lugar da sua residência." Segundo Silvana Maria Carbonera (2000, p. 64), a definição de guarda, embora admita não ser uma definição exata, consiste em um:

> [...] instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.

No Brasil, além da guarda unilateral, há mais três outros tipos: a) a guarda alternada, onde cada genitor detém a guarda do filho de forma alternada, de acordo com um limite de tempo acordado entre as partes, podendo ser tanto um ano quanto uma semana. Durante o tempo que o genitor detiver a guarda, caberá a ele os poderes-deveres que integralizam o poder familiar; b) a guarda dividida, ocorre quando a criança tem apenas um lar, ou seja, reside na casa de um dos genitores e recebe a visita ocasional do outro genitor que não mora no mesmo local; por fim, c) a guarda compartilhada ou conjunta, onde há um compartilhamento das responsabilidades, desde a

criação até a educação da criança, o que viabiliza uma maior comunicação entre pais e filhos (TIBURCIO; CALMON, 2014).

Com isso, depreende-se que o foco da Convenção não diz respeito a um estabelecimento de guarda porque essa decisão cabe à autoridade do local onde a criança ou adolescente tinha sua residência habitual antes da remoção. Ademais, ressalta-se que, mesmo quando não tenha ocorrido a determinação de guarda, mas houve a retenção/transferência ilícita da criança por uma parte em detrimento da outra – resta configurado o sequestro, permitindo a aplicação da Convenção para a solução do caso.

Já a instrumentalização da Convenção de Haia é efetivada por meio das autoridades centrais, que são fundamentais para o cumprimento das normas estabelecidas no tratado (ARAUJO, 2011). Inclusive, o sistema adotado pela Conferência de Haia, promove mais contato entre os Estados e consequentemente uma maior cooperação, se tornando um dos acertos da Conferência, tanto que passou a ser utilizado mais frequentemente por outras Convenções (ARAUJO, 2013)

A Convenção prevê em seu artigo 6° que "cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção. Insta salientar, que a Conferência de Haia, sabendo das peculiaridades de cada Estado Membro, optou por "não definir a estrutura e capacidade de agir das Autoridades Centrais, que são necessariamente reguladas pela lei interna de cada Estado"[5] (PÉREZ-VERA, 1982, p. 26) No Brasil, a autoridade central designada para desempenhar as regulamentações da Convenção foi a Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH) (MÉRIDA, 2011).

Diante disso, percebe-se que o tratado em análise pretende fornecer o suporte necessário aos Estados membros, de maneira que, há uma sistematização uniforme de regras atinentes ao procedimento que deva ser adotado em casos de sequestro de crianças ou adolescentes de até 16 anos. Por consequência, tornando menos complexa a relação entre os países em razão da mediação das autoridades centrais.

O OBJETIVO DA CONVENÇÃO DE HAIA E O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA: INSTRUMENTOS PARA SEU RETORNO IMEDIATO

OBJETIVOS DA CONVENÇÃO DE HAIA

A Convenção de Haia possui dois grandes objetivos: o primeiro consiste no retorno da criança ou adolescente e o segundo versa sobre o respeito ao direito de guarda e visita, buscando evitar que os filhos sejam afastados do convívio repentino com um de seus genitores. Beaumont afirma que há também os objetivos implícitos. Dentre eles, está a ideia de garantir à criança o convívio com ambos os pais, razão pela qual a Convenção não trata de aspectos criminais da conduta do genitor que cometeu a remoção ou retenção ilícita. Já o segundo objetivo implícito seria

[5] "does not define the structure and capacity to act of the Central Authorities, both of which are necessarily governed by the internal law of each Contracting State" (tradução do autor).

o de assegurar medidas efetivas para o retorno, na tentativa de que o infante possa permanecer em convívio com ambos os genitores (BEAUMONT; MCELEAVY, 1999).

Segundo Elisa Pérez (1982, p. 17), a Convenção de Haia objetiva primordialmente a restauração do *status quo*: "a fim de que isso aconteça, coloca no topo dos seus objetivos a restauração do *status quo*, por meio do 'retorno imediato das crianças ilicitamente removidas ou retidas em qualquer Estado Contratante"[6].

A respeito do retorno da criança, é de extrema relevância dispor sobre outro objetivo primordial da Convenção. É inegável que a celeridade processual é o que permite que a criança possa retornar ao *status quo* que tinha previamente à retenção inadequada no menor espaço de tempo possível. Caso contrário, estaria favorecendo o genitor que retirou o protegido da sua residência habitual sem o consentimento da outra parte (TIBURCIO; CALMON, 2014).

No entanto, para que os objetivos da Convenção sejam alcançados é necessário que haja um suporte confiável do Estado requerente, pois somente desta forma poderá ser garantido o melhor interesse da criança, de modo a possibilitar o convívio com ambos os genitores enquanto as questões concernentes à guarda/visitação são decididas pela autoridade competente, ou seja, o juiz natural do local da residência habitual (TIBURCIO; CALMON, 2014).

Vale destacar que há certos requisitos para que a Convenção seja utilizada em casos de sequestro de crianças. Primeiramente, o Estado requerente deve ser signatário da Convenção de Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças, antes da época da violação do direito de guarda ou visita; e a criança ou adolescente deve ter até 16 anos de idade, conforme disposto no artigo 4º da Convenção. Outro requisito fundamental para que o pedido de retorno seja deferido, estipula que a retirada ou retenção da criança tenha ocorrido em prejuízo do direito de guarda ou visita do país requerente. Sendo assim, a configuração do ilícito da permanência da criança no país, será regulada pelas leis do país de residência habitual que foram infringidas, e não nas diretrizes do país onde o menor se encontra de forma ilegal (ARRUDA, 2011).

Portanto, a Convenção mostra-se um instrumento eficaz no Direito Internacional Privado, uma vez que impede o sequestrador de se beneficiar ao violar um direito de guarda e/ou visita preestabelecido ao outro genitor. Tal direito vem de encontro a um fenômeno atual conhecido como dispersão internacional da família (DOLINGER, 2003).

PROCEDIMENTO PARA O RETORNO IMEDIATO

Primeiramente, deve-se relembrar o principal objetivo da Convenção de Haia - assegurar o retorno imediato de crianças retidas ou transferidas ilicitamente para um Estado membro ou signatário do referido tratado. É necessário, porém, analisar o caso concreto, a fim de que se verifique se o melhor para o interesse da criança é, realmente, o retorno ao país de onde foi removida. Para tanto, utiliza-se o princípio do melhor interesse da criança, que visa, primordialmente, estabelecer parâmetros acerca do que seria mais benéfico para o infante.

[6] "in order to bring this about, places at the head of its objectives the restoration of the status quo, by means of 'the prompt return of children wrongfully removed to or retained in any Contracting State" (tradução do autor).

Certificando-se de que o melhor é, de fato, o retorno da criança, inicia-se o processo previsto no artigo 8º da Convenção de Haia.

A Convenção estabelece uma certa flexibilidade ao dispor que "qualquer pessoa, instituição ou organismo" pode reportar o sequestro de uma criança à Autoridade Central. Porém, é de suma importância destacar que o indivíduo que relatar tal ocorrido deve estar munido da documentação necessária a fim de corroborar seu pedido, bem como possuir a guarda da criança no momento em que houve a transferência ou retenção ilícita. Tal requerimento é fundamental para que não ocorra uma mobilização inoportuna por parte do Poder Judiciário embasada em meros fatos infundáveis.

No tocante à documentação do pedido, o dispositivo é bem específico ao estipular que as alíneas "a" a "d" são de caráter obrigatório, sendo o restante, alíneas "e" e "f" são facultativas ao requerente. Em relação à alínea "b", ressalta-se que tal exigência faz-se necessária, pois ela insere-se nas limitações de abrangência da Convenção, considerando que, se a criança tiver mais de 16 anos na data do fato, não se aplicar-lhe-á o disposto no referido tratado (TIBURCIO; CALMON, 2014).

Cabe salientar que o rol do artigo 8º da Convenção não é taxativo, pois a documentação necessária para ingressar com o pedido pode variar de acordo com o caso concreto – ou seja, o recomendado é instruir o pedido com o disposto no texto do tratado. Nada impede, porém, que a pessoa fundamente seu pleito com documentação diversa da preestabelecida. A Convenção flexibiliza o procedimento com o intuito de permitir tanto uma atuação proativa por parte das Autoridades Centrais quanto uma facilitação para o genitor que busca restituir seu filho o mais rapidamente possível. Ademais, o Tratado preza pelo respeito à legislação vigente no Estado requerido, tanto que condiciona o retorno da criança à compatibilidade dos princípios regentes no Estado onde se busca a restituição, visando a proteção dos direitos humanos, assim como da liberdade fundamental.

Em relação ao direito de requerer o retorno imediato da criança, é relevante esclarecer que o indivíduo que peticionar pelo regresso deve, obrigatoriamente, apresentar os seguintes elementos: atestar que a criança é menor de 16 anos, que foi removida/transferida ilicitamente; e de sua residência habitual, bem como demonstrar que houve violação dos direitos de guarda do genitor abandonado (GARBOLINO, 2012).

Quanto ao procedimento, incumbe às Autoridades Centrais realizar a análise preambular do pedido, uma espécie de triagem, na qual será verificada a possibilidade de retorno da criança. Com o aval pela respectiva Autoridade Central ocorre o recebimento do pedido, isto é, examina-se a presença dos requisitos previstos no texto da Convenção, ou seja, se houve ilicitude na remoção ou transferência e se a estadia da criança no país para onde se deu o deslocamento foi ou não permitida pelo genitor que teve seu direito ferido (MELO, 2012).

Ainda, é importante destacar que o pedido em si não é do pai, mãe, ou outro indivíduo que detiver a guarda, mas sim, do Estado; ou seja, ele é o representante do pleito, por isso se denomina cooperação interestatal, pois há essa necessidade de diálogo entre os membros da Convenção (TOFFOLI; CESTARI, 2008).

Embora esteja assegurado no âmbito da Convenção as liminares de urgência, destaca-se que, inicialmente, aconselha-se a tentativa de conciliação entre as partes, pois além de se tratar de

um procedimento mais célere, evita-se mais conflitos que venham a abalar psicologicamente a criança (ARRUDA, 2011) No caso de restar infrutífera a conciliação, seja por indisposição de uma das partes ou impossibilidade de acordo, a Convenção já preestabelece o procedimento de retorno imediato, desde que obedecidos os requisitos previamente mencionados.

Quando o conflito não for resolvido por conciliação, o processo de retorno da criança inicia-se, obedecendo ao disposto no artigo 12 da Convenção de Haia. O Tratado é claro ao determinar que o genitor que tiver seu direito de guarda violado, deverá dentro do período de 01 ano encaminhar a documentação necessária para retomar a criança. Desta forma, o interessado que agir tempestivamente tem seu direito tutelado pela segunda parte do referido artigo, haja vista a previsão expressa de retorno imediato da criança, salvo exceções previstas no texto da Convenção. Nos aspectos processuais, é relevante consignar que o ônus da prova incumbe ao genitor que contesta o retorno da criança.

DOS INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DA CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS (1980) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A INTERNALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO DE HAIA E SUA COMPATIBILIDADE COM A ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças originou-se em 25 de outubro de 1980 na Conferência de Haia de Direito Internacional Privado. Previamente a esta Convenção, os casos envolvendo sequestro internacional de crianças no Brasil eram abrangidos pela Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores, criada pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) em Montevidéu na data de 15 de julho de 1989 (POZZATTI, GUIMARÃES, 2015).

A terminologia Convenção pode ser definida como a categoria de tratado solene e multilateral no qual a vontade das partes é uniforme e paralela. Inclusive, esta denominação é a utilizada para denominar os atos multilaterais resultantes de conferências internacionais e que disponham sobre assuntos de interesse geral (MAZZUOLI, 2016).

O processo de formação de um tratado é longo e possui diversas etapas. Primeiramente há a negociação ou adesão do tratado. A negociação ocorre quando o Estado participa ativamente do processo de formação do tratado. A adesão, por sua vez, é quando o Estado adere ao texto legal após a conclusão do instrumento jurídico internacional. Desta forma, considerando que o Brasil não participou das negociações da Convenção de Haia, o ato que representa sua entrada na Convenção denomina-se adesão (HUSEK, 2003).

Após a negociação e adoção do texto legal, tem-se a chamada autenticação do tratado. Trata-se de uma formalidade diplomática de caráter protocolar, no qual o texto do tratado se torna autêntico e definitivo (MAZZUOLI, 2016), conforme dispõe a Convenção de Viena de 1969 em seu artigo 10. Em seguida, é realizada a assinatura do tratado. Esta obrigação faz com que os Estados não possam mais unilateralmente reabrir as negociações. Este dever é oriundo do princípio da boa-fé que rege o direito dos tratados (AMARAL JÚNIOR, 2012).

A próxima etapa interna no processo de internalização é a aprovação ou referendo (MAZZUOLI, 2016). Este ato consiste na confirmação interna do tratado, ou seja, é necessária uma votação para que ocorra a aprovação do tratado. Somente assim ele será válido e poderá passar para o próximo passo. Nesse caso, cabe ao Presidente da República remeter ao Congresso Nacional, a fim de que sejam apreciados, tanto o texto do acordo de adesão quanto a exposição de motivos realizada pelo Ministro das Relações Exteriores, justificando a relevância da ratificação do tratado (MAZZUOLI, 2016) Atualmente, no Brasil, esta votação pode suceder de duas maneiras, a depender de qual rito será utilizado – rito comum de internalização ou o rito do parágrafo 3°, do artigo 5°, da Constituição Federal incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. A Convenção de Haia por ter sido aprovada em 1999, ou seja, antes de 2004, seguiu o rito comum de internalização. Nessa hipótese, a votação é feita em ambas as casas do Congresso, primeiramente na Câmara e posteriormente no Senado, em turno único, que efetiva o processo através de um decreto legislativo. Caso a Câmara se abstenha do compromisso, o processo de aprovação sequer será apreciado pelo Senado (MAZZUOLI, 2016). Através deste decreto legislativo, o tratado é aprovado no plano interno, e por consequência, o Presidente da República está autorizado a ratificá-lo (MAZZUOLI, 2016). No caso da Convenção de Haia, a aprovação se deu através do Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999.

Outro aspecto importante acerca da internalização de um tratado diz respeito às reservas. O conceito está previsto no artigo 2°, parágrafo 1°, alínea d, da Convenção de Viena de 1969. Vale mencionar que o Brasil, ao aderir a Convenção de Haia, fez apenas uma reserva em relação ao texto da Convenção. Tal reserva refere-se ao idioma, pois a Convenção de Haia em seu artigo 24, determina que as línguas oficiais são o inglês e o francês. Sendo assim, o Brasil garantiu, através da reserva, que os documentos juntados aos autos sejam traduzidos para o português.

O próximo passo é a ratificação do tratado. Esta é uma etapa internacional, pela qual "o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se. Em regra, não é estipulado um prazo para que o Estado ratifique o tratado, porém o próprio texto do instrumento pode estipular um prazo para tal feito (AMARAL JÚNIOR, 2012) Não se trata de um ato retroativo, haja vista que o acordo celebrado mediante reserva de ratificação não terá eficácia previamente ao depósito do respectivo instrumento (MELLO, 2000).

De acordo com a Convenção de Viena de 1969, as pessoas habilitadas para ratificação de tratados internacionais e demais atos referentes à celebração dos acordos são os chefes de Estado e de Governo, chefes de missão diplomática, o Ministro das Relações Exteriores, bem como os representantes acreditados pelo Estado diante de uma conferência, organização internacional ou um de seus órgãos. Cabe salientar que, estes sujeitos não precisam apresentar a declaração de plenos poderes, pois sua habilitação para os referidos atos é inerente a sua função. Os demais indivíduos que forem cotados para representar seu Estado, deverão obedecer aos requisitos constantes no artigo 7 da Convenção de Viena de 1969, tais indivíduos são denominados plenipotenciários (AMARAL JÚNIOR, 2012).

No Brasil, a ratificação dos tratados internacionais compete ao Poder Executivo. Cabe salientar que a ratificação, por se tratar de uma competência discricionária, não é obrigatória,

devendo ser obedecidos os preceitos de conveniência e oportunidade (REZEK, 2008) O Tratado foi aderido pelo Brasil em 1999, após o encaminhamento da Carta de Adesão com a confirmação, pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros do Reino dos Países Baixos, do depósito de instrumento de adesão em 19 de outubro de 1999. Após este processo, o Brasil precisava introduzir a Convenção na ordem jurídica interna. Desta forma, foi necessária a promulgação do Tratado, pois somente assim o pacto terá caráter obrigatório em sede de território nacional (AMARAL JÚNIOR, 2012) Pode-se conceituar promulgação como a etapa que atesta a existência do ato internacional, e com isso o compromisso se torna juridicamente exigível, obrigando sua submissão pelos poderes do Estado signatário (MAZZUOLI, 2001).

A partir do momento que um tratado é promulgado, este passa a produzir efeitos na ordem jurídica interna. Neste aspecto, eles se assemelham com as demais leis ordinárias, que após aprovação e promulgação passam a ter sua eficácia difundida no ordenamento jurídico brasileiro. O primeiro efeito gerado pelos tratados consiste na revogação das disposições em contrário ou incompatíveis oriundas da legislação infraconstitucional. Cabe salientar que, conforme Valério Mazzuoli, eventual divergência entre uma norma interna e um tratado, sempre prevalecerá o disposto no tratado, haja vista sua superioridade hierárquica (MAZZUOLI, 2016).

No Brasil, a promulgação dos tratados é realizada através de um decreto do Presidente da República, que já passou pelo referendo do Ministro das Relações Exteriores, juntamente com o texto do respectivo acordo (GASSCH, 2012). Este decreto, juntamente com o texto do tratado, é publicado no Diário Oficial da União. Considerando a importância da publicidade para que o acordo seja aplicado na ordem jurídica interna, tal procedimento é aplicado em todos os países (MELLO, 2000) O início da vigência do tratado depende da data de publicação do Decreto Executivo (POZZATTI; GUIMARÃES, 2015) A promulgação da Convenção de Haia levou alguns meses para ser efetivada e ocorreu através do Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000 (MÉRIDA, 2011).

No tocante à classificação dos tratados internacionais, cabe enfatizar que estes documentos podem ser divididos, genericamente, em duas classificações: os tratados que versam sobre direitos humanos e os demais tratados que versam sobre outras matérias. Esta distinção faz-se necessária, haja vista a mudança ocorrida na Constituição Federal de 1988 através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que incluiu o rito do parágrafo 3º, do artigo 5º do referido dispositivo. Previamente à data de 30 de dezembro de 2004, quando houve a publicação da Emenda, todos os tratados internacionais obedeciam ao rito comum de internalização. Com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, os tratados que versam sobre direitos humanos e que forem aprovados pelo Congresso Nacional com o rito do parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, terão *status* de Emenda Constitucional.

No rito especial do parágrafo 3º, do artigo 5º, da Carta Magna, o tratado deverá ser aprovado por maioria de dois terços dos votos de cada casa, mas somente o Poder Executivo possui competência tanto para negociar quanto para ratificar os tratados internacionais. Entretanto, o decreto legislativo não se sujeita ao veto ou sanção do Presidente da República.

Em relação à demora na internalização da Convenção de Haia no ordenamento jurídico brasileiro, é importante destacar que, segundo Alexandre Nassar Lopes, esta lentidão para ratificar

os tratados internacionais não está relacionada a uma falta de capacidade do Poder Legislativo, mas sim a algo mais amplo:

> O que ocorre de fato com muitos tratados é a falta de interesse político e econômico do Poder Executivo na sua ratificação. Isso porque a partir do momento que viram lei no Brasil, criam obrigações muito custosas para o Estado brasileiro e até mesmo para o setor privado. Algumas vezes implicam redução de barreiras tarifárias ou de outro tipo que resultariam no aumento da importação, afetando diretamente a balança comercial, empregos etc (LOPES, 2014).

Salienta-se que, somente em 04 de outubro de 2001 foi constituída a Autoridade Central brasileira a fim de que houvesse a devida efetivação da Convenção de Haia no país. Este atraso na internalização do tratado ocasionou um prejuízo em termos práticos, pois um elevado número de pessoas sequer tomou conhecimento deste instrumento que visa tutelar os direitos dos pais que tiveram seus filhos removidos ilicitamente (SIFUENTES, 2011).

Desta forma, percebe-se que o processo de internalização de um tratado internacional abrange diversos fatores – sociais, econômicos, políticos – o que por vezes acarreta em um procedimento moroso, prejudicando o andamento da ordem jurídica interna. No caso da Convenção de Haia, a justificativa apresentada para internalização foi a proteção da criança no âmbito internacional, de maneira que os efeitos das mudanças ou retenções ilícitas das crianças sejam evitados ou, no mínimo, diminuídos, ao passo que o texto preza pelo seu retorno imediato, bem como assegura o direito de visita (SIFUENTES, 2011).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção de Haia de 1980 foi um avanço para o ordenamento jurídico, porém algumas lacunas permanecem, gerando conflitos doutrinários e limitando sua aplicação em casos de maior complexidade e especificidade. O conflito acerca do mérito da guarda, por exemplo, não está regrado de forma específica no tratado, o que flexibiliza e limita sua aplicabilidade no caso concreto.

Outro aspecto que merece ser destacado é o retorno imediato da criança. A Convenção de Haia prevê que, uma vez caracterizado o sequestro, deve ser ordenado o retorno imediato da criança ou adolescente ao local de residência habitual. Todavia, antes de aplicar a regra, devem ser consideradas as circunstâncias em que o infante foi removido, porque poderá ter ocorrido abuso por parte do outro genitor, o que deu causa à "fuga" com o filho. Apesar do tratado priorizar o bem-estar da criança, em decorrência do princípio do melhor interesse da criança, em alguns casos a Convenção demonstrou ser falha ao ordenar o retorno do infante a um ambiente que não o beneficiava.

No que tange à aplicação da Convenção de Haia no Brasil, houve uma sensível melhora, principalmente após o caso do menino Sean Goldman. Restou evidenciado que o Brasil teve dificuldade em inserir o tratado na ordem jurídica interna, em razão das inúmeras críticas relacionadas à suposta incompatibilidade da Convenção com a Constituição Federal. Tais críticas foram rechaçadas, porquanto ficou demonstrado que não houve ofensa à Carta Magna, tendo sido

destacada a relevância do tratado para tratar do sequestro internacional de crianças, como melhor mecanismo para atender o melhor interesse da criança e adolescente, também preconizado pela Constituição.

Ademais, há de ser ressaltado o esforço do Brasil no aperfeiçoamento da aplicação da Convenção de Haia. Com o intuito de incentivar as pesquisas e, consequentemente, uma melhoria na solução de casos envolvendo sequestro internacional de crianças, o país instituiu uma Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças. Através dessa Comissão e do grupo permanente de estudos sobre a Convenção, foi possível identificar casos de sequestro com maior rapidez. Destaca-se, também, que estes grupos são formados por especialistas no assunto, o que beneficia as partes envolvidas no litígio. Desde a criação dos referidos mecanismos, o Brasil aumentou o número de casos solucionados, inclusive, com menor decurso de tempo.

Por fim, verifica-se que ainda há muito o que melhorar em relação à aplicabilidade da Convenção de Haia no Brasil, pois o número de casos não solucionados é relativamente grande se comparado com o de outros países signatários. Entretanto, há perspectivas de que ao longo dos próximos anos ocorra uma melhora gradual. Para isso, o Brasil deve permanecer investindo na divulgação do tratado, bem como auxiliando as partes envolvidas no ilícito. É necessário que a Convenção sirva além de um mecanismo de resolução, mas também auxilie na prevenção de casos, pois a partir do momento que houver uma maior disseminação é provável que ocorram mais acordos e menos litígios.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto. **Noções de Direito e Direito Internacional**. 4. ed. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012. ARAUJO, Nadia de. **Direito internacional privado:** teoria e prática brasileira. 5: ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ARRUDA, Micaela Francesca Bertolo. **A Convenção de Haia sobre o Sequestro Internacional de Crianças:** Estudo do caso do menino Sean Goldman. Monografia (Bacharelado em Direito). Centro Universitário de Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/505/3/20661392.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2015.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Combate à subtração internacional de crianças.** A Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, 2011. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZpJKndskrsJ:www.agu.gov.br/page/download/index/id/4359727+&cd=1&hl=en&ct=cl nk&gl=br>. Acesso em: 31 maio 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças.** Comentários. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 3.413 de 14 de abril de 2000.** Promulga a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm>. Acesso em: 09 nov. 2015.

BRASIL: Presidência da República. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.** Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12. 318, de 26 de agosto de 2010.** Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em 12 ago. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos.** Brasília, 4. ed. 2013. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/CartasRogatorias/Documentos/ManualExpedCRPenal.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

CARBONERA, Maria Silvana. **Guarda de filhos** – Na família constitucionalizada. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** a criança no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FINKELHOR, David; HOTALING, Gerald; SEDLAK Andrea. **Missing, abducted, runaway, and thrownaway children in America.**1990. Disponível em: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/nismart90.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2016.

GASSCH, Rodrigo D'Araujo. **Aprovação de tratados internacionais no Brasil**. Possíveis opções para acelerar seu processo. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/724Aprovacao_de_Tratados_Internacionais_pelo_Brasil_possIveis_opcoes_para_acelerar_seu_processo.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

GARBOLINO, James D. **The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction:** A Guide for Judges. 2012. Disponível em: <http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/hagueguide.pdf/$file/hagueguide.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2016.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2003.

LOPES, Alexandre Nassar. Brasil tem mais de 300 acordos sem ratificação. **Revista Consultor Jurídico.** 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-22/brasil-300-acordosinternacionaispendentesratificacao>. Acesso em: 30 ago. 2016.

LOWE, Nigel. **A statistical analysis of applications made in 2008 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction.**2011. Disponível em: <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd08c.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI. **O *treaty-making power* na Constituição brasileira de 1988:** uma análise comparativa do poder de celebrar tratados à luz da dinâmica das relações internacionais**.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003473292001000200005>. Acesso em 10 ago. 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MATTOS, Elisa de. Sequestro internacional de criança fundado em violência doméstica perpetrada no país da residência: a importância da perícia psicológica como garantia do melhor interesse da criança. **Revista Jurídica Unigran.** Dourados, v. 16, n. 32, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.academia.edu/11357673/MAZZUOLI_Valerio_de_Oliveira_MATTOS_Elsa_de._Sequestro_internacional_de_crian%C3%A7a_fundado_em_viol%C3%AAncia_dom%C3%A9stica_perpetrada_no_pa%C3%ADs_de_resid%C3%AAncia_a_import%C3%A2ncia_da_per%C3%ADcia_psicol%C3%B3gica_como_garantia_do_melhor_interesse_da_crian%C3%A7a._Revista_dos_Tribunais_vol._954_2015_p._239254>. Acesso em: 28 ago. 2015.

MELO, Inaiane Cerqueira de. **A Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças e a aplicação ou não do direito de guarda e visitação no Brasil quando da ocorrência de transferência ilícita.** Monografia (Bacharelado em Direito). Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/legislacao-epublicacoes/a-convencao-de-haia-e-a-aplicacao-ou-nao-do-direito-de-guarda-evisitacao-no-brasil-quando-da-ocorrencia-de-transferencia-ilicita>. Acesso em: 15 set 2015.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, vol. 1, 2014.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MÉRIDA, Carolina Helena. Sequestro Interparental: princípio da residência habitual. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 8, n. 2, p. 255-272, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/1544>. Acesso em: 15 set. 2015.

MESSERE, Fernando. **Direitos da criança**: o Brasil e a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Criança, 2005. 186 f. Dissertação (Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito). Centro Universitário Uniceub, Brasília, DF, 2005. Disponível em: <http://www. uniceub.br/Pdf/FernandoMessere-disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 30 out. 2015.

PÉREZ-VERA, Elisa. Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention**. Hague Conference on Private International Law.** Acts and documents of the fourteenth Session.1982. Disponível em: <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=2779>. Acesso em: 22 mar. 2016.

POZZATTI, Ademar Junior; GUIMARÃES, Flávia Pinheiro. O Brasil ante a Convenção de Haia de 1980 sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. **Direito em Debate.** Ijuí, n. 43, p. 62-83, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:c4HeoaFClncJ:https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/download/3385/3587 +&cd=4&hl=en&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 04 out. 2015.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 11ª ed. inteiramente rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SIFUENTES, Monica. Pedido de restituição x pedido de guarda – Análise do art. 16 da Convenção da Haia de 1980. **Revista CEJ**. Brasília, ano XV, n. 55, out./dez. 2011, p. 117 – 141. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1500/1526>. Acesso em: 27 set. 2016.

SIFUENTES, Mônica. Sequestro Interparental – A experiência brasileira na aplicação da Convenção de Haia de 1980. **Julgar.** Brasília, n. 8, 2009. **Revista da SJRJ,** Rio de Janeiro, n. 25, p. 135-144, 2009. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/legislacao-epublicacoes/sequestro-interparental-a-experiencia-brasileira-na-aplicacao-daconvencao-de-haia-de-1980>. Acesso em: 02 set. 2015.

SILBERMAN, Linda J.; BODENHEIMER, Brigitte M. Memorial Lecture on the Family: Interpretation the Hague Convention: in search for a global jurisprudence. **University of California Davis Law Review**, v. 38, nº 4. Disponível em: <http://apps.americanbar.org/intlaw/calendar/spring2006/papers/THURS215330GOL DBIKIN_590.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2015.

TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. **Sequestro Internacional de Crianças – Comentários à Convenção de Haia de 1980.** São Paulo: Atlas, 2014.

TOFFOLI, José Antônio Dias; CESTARI, Virgínia Charpinel Junger. **Mecanismos de cooperação jurídica internacional**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:WUys4s4ediQJ:www.agu.gov.br/page/download/index/id/1070064+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 jun. 2016.

VENDRUSCOLO, Aline Maria Fernandes. **Sequestro internacional de crianças e o princípio do melhor interesse da criança.** Monografia (Bacharelado em Direito). Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/adocao-e-sequestro-internacional/legislacao-epublicacoes/sequestro-internacional-de-criancas-e-o-principio-do-melhor-interesseda-crianca>. Acesso em: 31 ago. 2015.

DIREITO DO TRABALHO E FLEXIBILIZAÇÃO: ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRT DA 4ª REGIÃO COM O TEMA DA TERCEIRIZAÇÃO EXISTENTE NOS SETORES DE PRODUÇÃO CALÇADISTA E AUTOMOTIVO NO RIO GRANDE DO SUL

Diogo da Silva Corrêa[1]
Rafael Pereira[2]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Alterações nas relações de trabalho irradiam efeitos para toda a sociedade e, nos últimos anos, o tema Terceirização vem recebendo grande atenção no Brasil. Para além desse fator, o que motivou a realização da pesquisa foi a experiência diária com as dificuldades que esse fenômeno traz para a resolução das ações trabalhistas. Inicialmente, o estudo visa contextualizar o trabalho terceirizado, apontando suas características principais. O método adotado é hipotético-dedutivo e o comparativo, partindo-se do problema que pode ser gerado com a terceirização irrestrita, sem que se observe as especificidades existente nos diversos ramos empresariais. Nesse contexto, o constante choque entre Trabalho e Capital acaba forçando a rediscussão de conceitos trabalhistas consolidados, como é o caso da relação exclusivamente bilateral entre empregado e empregador. O estudo se prestou a demonstrar as possíveis diferenças entre as decisões judiciais, que enfrentam o tema "terceirização", tanto no ramo das montadoras automotivas, quanto no ramo das empresas calçadistas no Rio Grande do Sul. Observa-se que a atuação do Judiciário, muitas vezes, agrava a insegurança jurídica acerca do tema, uma vez que há uma carência de critérios claros nas decisões para, por exemplo, desconsiderar uma alegada relação comercial entre duas empresas, apontando a responsabilidade subsidiária da tomadora pelos créditos trabalhistas não quitados pela prestadora.

ANÁLISE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO QUE ENFRENTARAM O TEMA TERCEIRIZAÇÃO NOS SETORES DE PRODUÇÃO AUTOMOTIVO E CALÇADISTA

O presente trabalho pretende fazer uma análise, por amostragem, de acórdãos do TRT da 4ª Região que se pautaram pelas questões da existência ou não de responsabilidade das empresas tomadoras pelos créditos trabalhistas não satisfeitos pela prestadora, dentro da relação de mão de obra terceirizada. Para tanto, adotar-se-ão os apontamentos de Robert K. Yin, que indica o estudo de caso como uma excelente estratégia de pesquisa, quando há pouco controle sobre os eventos e o tema aborda "fenômenos contemporâneos inseridos em algum contexto da vida real" (YIN, 2001, p. 11).

[1] Bacharel em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: dscorrea@trt4.jus.br.
[2] Mestre em Qualidade Ambiental pela Universidade Feevale. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: rafaelpereira@feevale.br.

No caso em tela, são de extrema importância os critérios adotados pelo julgador para definir se uma relação entre duas empresas é comercial ou de terceirização de mão de obra. Não sendo essas definições minimamente claras e coerentes com as regras já estabelecidas, independentemente se por lei ou Súmulas, a tendência é da proliferação de decisões contraditórias.

Nesse contexto, compreende-se como dever do Estado a busca pela estabilidade das decisões, conforme previsão Constitucional no artigo 5º, incisos LIV e XXXVI, além da observância do princípio da igualdade jurídica exposta no caput do mesmo artigo. A discricionariedade judicial, com modificação aleatória dos critérios de julgamento sem motivos razoáveis e determinantes, pode se tornar um problema que afronta o princípio da segurança jurídica dessas relações (CAMBI, 2014, p. 175-190).

Para organizar a pesquisa fez-se necessário delimitar a área de estudo, contextualizando alguns aspectos referentes às empresas escolhidas para o cotejo jurisprudencial, e explicitar sua metodologia. Além disso, é preciso identificar algumas proposições hipotéticas que ao final serão confirmadas ou não.

CONTEXTUALIZAÇÃO

Nesse momento, é necessário que se trace um paralelo entre os dois setores de produção que servirão de base para a análise jurisprudencial. Inicialmente, pelas leituras prévias de pesquisa, verificou-se que o ramo de produção automotivo foi um dos pioneiros em terceirização, inclusive de atividade-fim (considerando toda a controvérsia sobre o tema). Nesse contexto, essa terceirização é tratada por alguns doutrinadores quase como uma "terceirização que dá certo", acentuando a característica de parceria entre as empresas "Sistemistas" e a montadora dos veículos. Por outro lado, pela experiência diária com os processos trabalhistas, verificou-se que há uma grande dificuldade de execução dos créditos trabalhistas com relação às empresas terceirizadas do ramo calçadista, especificamente da região do Vale dos Sinos e Vale do Paranhana.

A partir dessas questões, é possível que haja diferenças entre a terceirização que ocorre nos dois diferentes ramos de produção: automotivo e calçadista. Para a delimitação da área de estudo adotou-se o estado do Rio Grande do Sul. Nesse sentido, a montadora General Motors foi escolhida para a presente pesquisa, pois possui o conceito de consórcio modular de produção que contou com um planejamento que buscou a produção sem desperdícios.

Considerando a grande importância da atividade coureiro-calçadista da região do Vale do Paranhana e Vale dos Sinos, esse como principal polo nacional do seguimento, adotou-se essa atividade produtiva para análise e comparação entre os acórdãos. É um setor que viveu altos e baixos, inicialmente mais voltado para o mercado interno e, posteriormente, despontava para o mercado internacional. Como não podia ser diferente, enfrentou a acirrada concorrência com os países asiático e seus baixos custos de produção. A linha de produção é marcada pela mecanização, mas com baixo conteúdo tecnológico. A partir de 1980, inicia-se um processo de descentralização da produção a cargo de pequenos atelieres, constituindo uma linha de produção fora das fábricas maiores, cada uma produzindo uma parte do sapato. Muitas vezes essa produção é repassada para o trabalho domiciliar, sendo que o dono do atelier figura como um "mero repassador de serviços",

ampliando a informalidade do trabalho que é muito sazonal, evitando assim o registro formal dos empregados (SCHNEIDER, 2004, p. 34-36).

Não é o foco da pesquisa aprofundar as características e diferenças existentes entre os dois ramos de produção, mas é possível verificar que na terceirização no ramo automotivo o sentido de parceria empresarial que visa a especialização técnica, com organização da produção é bem mais presente do que no ramo calçadista, que teve e tem a estrutura terceirizante, quase que exclusivamente, voltada para a redução de custos, vide a precariedade de organização financeira e estrutural dos atelieres que prestam os serviços para as empresas maiores.

METODOLOGIA DA PESQUISA

Primeiramente, foram coletados dados estatísticos relativos à terceirização ou responsabilidade subsidiária na Assessoria Técnico-Operacional da Corregedoria do TRT da 4ª Região. Nessa base de dados, consta que em 2015 foram ajuizadas 16.340 ações em que o assunto "responsabilidade subsidiária/solidária" foi cadastrado, de um total de 180.349 processos ajuizados naquele ano, gerando um ranking de 100 empresas classificadas pelo número decrescente de ocorrências. Embora o referido cadastramento de tais assuntos, via de regra, seja feito pelos advogados, as secretarias das unidades judiciárias devem proceder a sua revisão. Mesmo assim, é possível que haja distorção dos dados ora informados com a situação real.

Considerando somente os processos em que foram cadastrados o assunto Responsabilidade Solidária / Subsidiária, no contexto das empresas produtoras de veículos instaladas no Rio Grande do Sul, foi encontrada apenas a empresa General Motors do Brasil Ltda. na 92ª posição com 62 ocorrências. Conforme já explicitado acima, a referida empresa adota o modelo denominado "Sistemista", contando com as empresas satélites para produção especializadas dos componentes que serão montados. Por essa razão, adotar-se-á essa empresa para análise das decisões judiciais que envolvam subsidiariedade na discussão entre relação comercial e terceirização.

Da mesma forma, dentro da pesquisa foram encontradas 25 empresas produtoras de calçados que juntas somaram 3026 ações. Destacam-se as empresas Calçados Bottero Ltda, com 274 ocorrências em 7º lugar, e a Industria De Calçados West Coast Ltda, com 262 ocorrências em 10º lugar no ranking. Nesse contexto, elegeu-se tais empresas com base na relevância estatística e da localidade na presente pesquisa.

Após, foram pesquisados os acórdãos no portal institucional do TRT da 4ª Região com os seguintes termos no campo "trecho exato": "Nome da empresa" "Subsidiária". O período selecionado foi de dois anos, numa alusão ao prazo prescricional bienal para a propositura da ação trabalhista, adotando-se o lapso temporal compreendido entre 04/08/2014 e 04/08/2016. Do total encontrado, foram filtrados somente os casos em que a decisão enfrentou o conflito entre responsabilidade subsidiária e a alegação de relação meramente comercial entre as empresas envolvidas.

No caso da General Motors o resultado foi de 79 acórdãos no intervalo proposto. Nesse caso específico do conglomerado de "Sistemistas", foram descartados os acórdãos que discutiam a

responsabilidade da General Motors do Brasil pelos créditos trabalhistas não adimplidos pelas empresas terceirizadas na época da obra de ampliação do complexo empresarial, bem como os que prestavam serviços de alimentação, vigilância e logística (atividades tipicamente terceirizadas). Assim, foram analisados 16 acórdãos.

Com relação à empresa Calçados Bottero Ltda. o resultado da pesquisa foi de 22 acórdãos no intervalo proposto. Desse total, foram descartados os Mandados de Segurança e Embargos de Declaração, restando, portanto, 12 acórdãos. Da mesma forma se procedeu quanto à empresa Industria de Calçados West Coast Ltda. resultando num total de 95 ocorrências. Nesse contexto, para a amostragem necessária à pesquisa, foram analisados os 10 acórdãos mais recentes de cada empresa calçadista, totalizando um montante de 36 acórdãos analisados envolvendo as três empresas escolhidas.

PROPOSIÇÕES DA PESQUISA

Estudos de caso não necessariamente precisam de proposições ou objetivos específicos a serem alcançados. Porém, quando há evidências relevantes que indiquem determinado resultado, uma estratégia apropriada é a de apontar as proposições que, inicialmente, formaram os objetivos e as hipóteses da pesquisa. Nesse sentido, optou-se por destacar os seguintes objetivos da análise quantitativa e qualitativa dos acórdãos:

a) Identificar se os acórdãos estudados apresentam fundamentação clara, considerando as alegações das partes envolvidas e têm base nas regras contidas na Súmula 331 do TST ou nos diplomas normativos respectivos; (BRASIL, Súmula 331 do TST, 2003).

b) Identificar se os fundamentos expostos nos acórdãos em que figuram como tomadora as empresas que produzem calçados são similares aos referentes à empresa General Motors do Brasil.

Nesse primeiro momento, as hipóteses formuladas são:

a) Pode haver decisões com fundamentação superficial, tornando discricionária a subsunção dos fatos analisados, relação havida entre as empresas, na norma contida na Súmula 331 do TST.

b) Pela questão de maior aporte financeiro das empresas "Sistemistas" e a especialização do ramo de produção automotivo, é possível que a fraude na relação de emprego, com a utilização da terceirização na atividade finalística da empresa, seja decretada em menor número de ações trabalhistas, quando comparadas com o ramo calçadista.

CONSIDERAÇÕES A PARTIR DAS PROPOSIÇÕES FORMULADAS PARA A PESQUISA

Após a análise dos 36 acórdãos, foi possível verificar a pertinência ou não das hipóteses inicialmente formuladas. Para tal análise comparativa da terceirização de atividades empresariais permanentes, ligadas à produção, considerada regular pela Súmula 331 do TST, no seu item IV, adotou-se os critérios abaixo, a partir de uma compilação da doutrina de Gabriela Neves Delgado, Vólia Bomfim Cassar, Sérgio Pinto Martins e Maurício Godinho Delgado:

I) inexistência de pessoalidade dos terceirizados; II) inexistência de ingerência (subordinação) direta da tomadora sobre o trabalho terceirizado; III) qualificação técnica da empresa prestadora que deve ser especializada naquele tipo de serviço prestado; IV) o trabalho em si deve estar vinculado à atividade-meio da empresa tomadora.

No que tange à configuração da responsabilidade subsidiária, os autores acima indicados se dividem: Sérgio Pinto Martins e Gabriela Neves Delgado entendem que ela é presumida, e independe de demonstração de boa-fé da tomadora, ante a existência de culpa (*in eligendo e in vigilando*) (MARTINS, 2003, p. 132-134) (DELGADO, 2003, p. 144-147).

Vólia Bonfim Cassar assevera que o cerne da subsidiariedade na relação terceirizada está na interpretação civilista de ato ilícito e o dever de reparação de danos. Ao seu turno, Maurício Godinho Delgado é mais abrangente, adotando a tese de evolução jurisprudencial que contou com fontes do Direito Civil e Direito do Trabalho, principalmente a questão da "assunção dos riscos por aquele que toma trabalho subordinado" e na prevalência do "valor-trabalho" (CASSAR, 2012, p. 481-482) (DELGADO, 2015, p. 516-517) (MARTINS, 2003, p. 136).

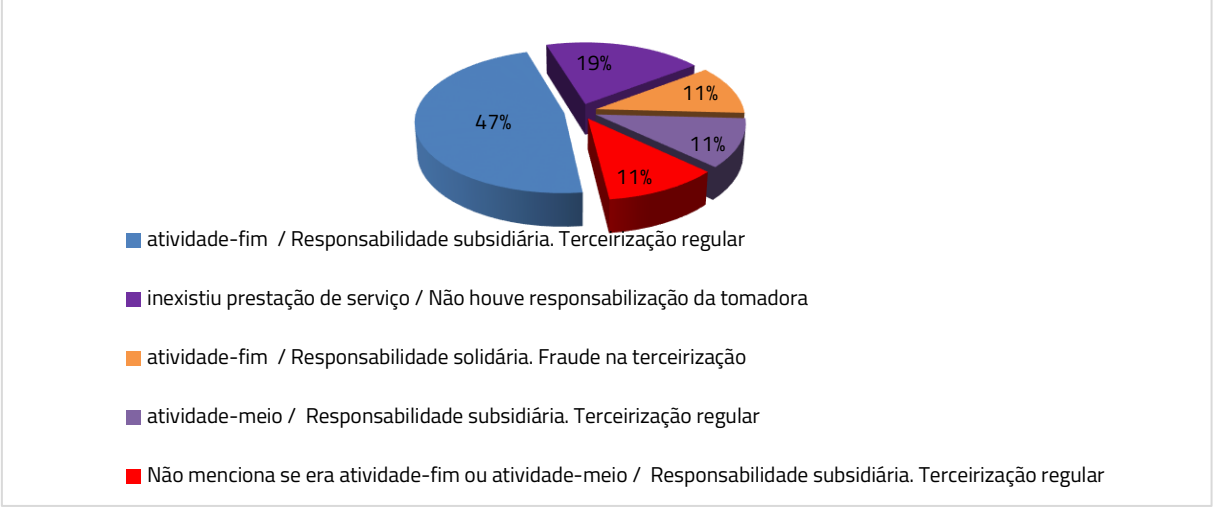
A primeira hipótese formulada foi:

a) Pode haver decisões com fundamentação superficial, tornando discricionária a subsunção dos fatos analisados, relação havida entre as empresas, na norma contida na Súmula 331 do TST.

De todos os acórdãos analisados, apenas 11% referiram que o autor atuava na atividade-meio da tomadora, sendo essa condenada subsidiariamente pelos créditos trabalhistas não adimplidos pela prestadora. Ou seja, desconsiderando os acórdãos que consideraram que a relação havida entre as empresas era de cunho comercial (19% do total) e os que apontaram fraude na terceirização (11% do total), o restante dos acórdãos analisados teve alguma discrepância na fundamentação, representado o percentual de 58% deles.

A lógica argumentativa que mais vezes apareceu (em 47% dos acórdãos) foi a da flexibilização do item IV da Súmula 331 do TST, na medida em que os desembargadores, mesmo decretando terceirização de atividade-fim, consideraram regular a triangulação, condenando a tomadora, de forma subsidiária, pela transferência de serviços vinculados ao seu objeto social principal. Outra situação observada foi a da inexistência de indicação da característica principal para aferição da regularidade da terceirização, sendo que em 11% dos acórdãos os desembargadores não mencionam se o trabalho do reclamante era vinculado à atividade-fim ou à atividade-meio da empresa contratante, mesmo assim, condenando essa na forma subsidiária.

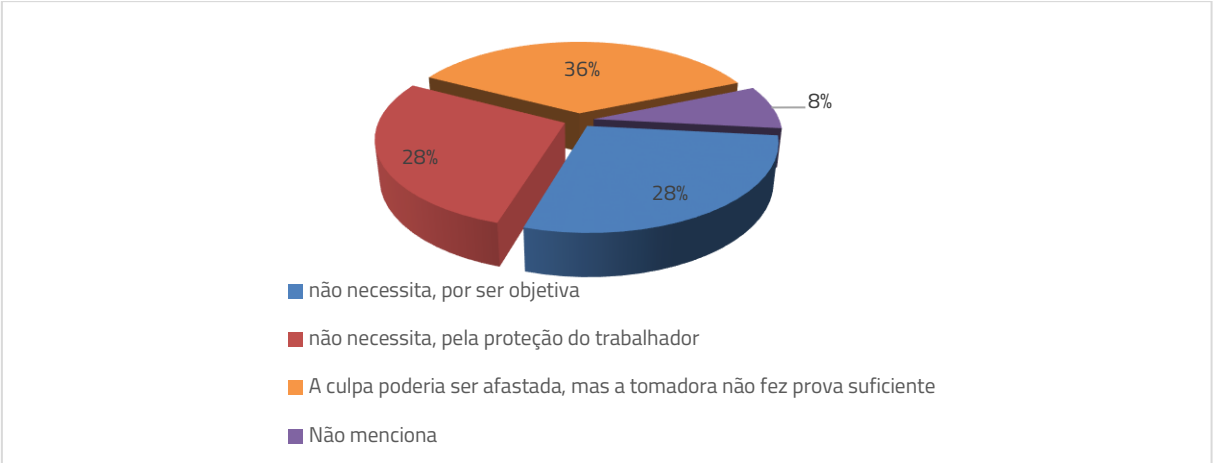
Gráfico 1 – Total dos Acórdãos: responsabilidade da tomadora



Fonte: Elaborado pelos autores

Quanto à decretação de responsabilidade subsidiária, observou-se que dos 25 acórdãos em que houve essa condenação, apenas 28% consideraram que a culpa da tomadora dos serviços era na forma objetiva, alicerçada nos ditames civilistas. Num segundo grupo, que representou 28% desse total, a decisão aponta a responsabilização pelo fundamento da supremacia dos princípios protetores do trabalhador e a função social do contrato de trabalho. A fundamentação que mais apareceu, com 36% desse total de acórdãos, foi a que considerou que a tomadora não havia produzido provas suficientes para afastar sua culpa e, nesse contexto, incorrendo ela na culpa *in eligendo e in vigilando.* Por fim, em 8% desses acórdãos, os desembargadores apenas mencionam que o caso analisado se trata de terceirização e que a responsabilidade é subsidiária, sem entrar no mérito de haver ou não culpa da tomadora. Portanto, pode-se concluir que em 68% dos casos a responsabilidade subsidiária contida na Súmula 331 do TST não foi considerada objetiva, mesmo que o texto seja literal em apontar: "O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial".

Gráfico 2 - Presença de culpa para condenação subsidiária



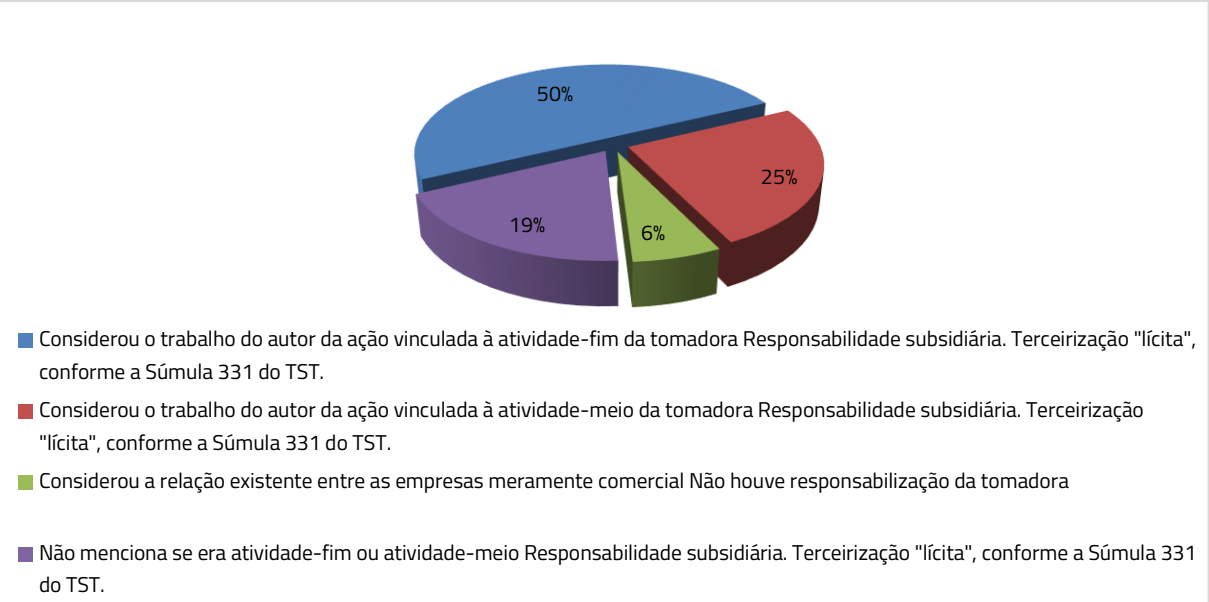
Fonte: Elaborado pelos autores

A segunda hipótese de pesquisa formulada foi:

b) Pela questão de maior aporte financeiro das empresas "sistemistas" e a especialização do ramo de produção automotivo, é possível que a fraude na relação de emprego, com a utilização da terceirização na atividade finalística da empresa, seja decretada em menor número de ações trabalhistas, quando comparadas com o ramo calçadista.

Considerando apenas os acórdãos em que a General Motors foi demandada, observou-se que em nenhum dos casos analisados foi decretada a fraude na terceirização. O percentual de 50% dos acórdãos analisados condenou a General Motors na forma subsidiária, ainda que o trabalho desenvolvido pelo autor da ação tenha sido considerado vinculado à atividade-fim da tomadora. De outra banda, outros 25% apuraram a tradicional relação terceirizada: atividade-meio, com responsabilidade subsidiária da tomadora. Ainda, 19% dos acórdãos não fizeram menção à característica da atividade, mesmo assim, condenaram a tomadora na forma subsidiária. Por fim, com apenas uma ocorrência (representando 6% do total) o Tribunal reconheceu que a relação entre as empresas era puramente comercial.

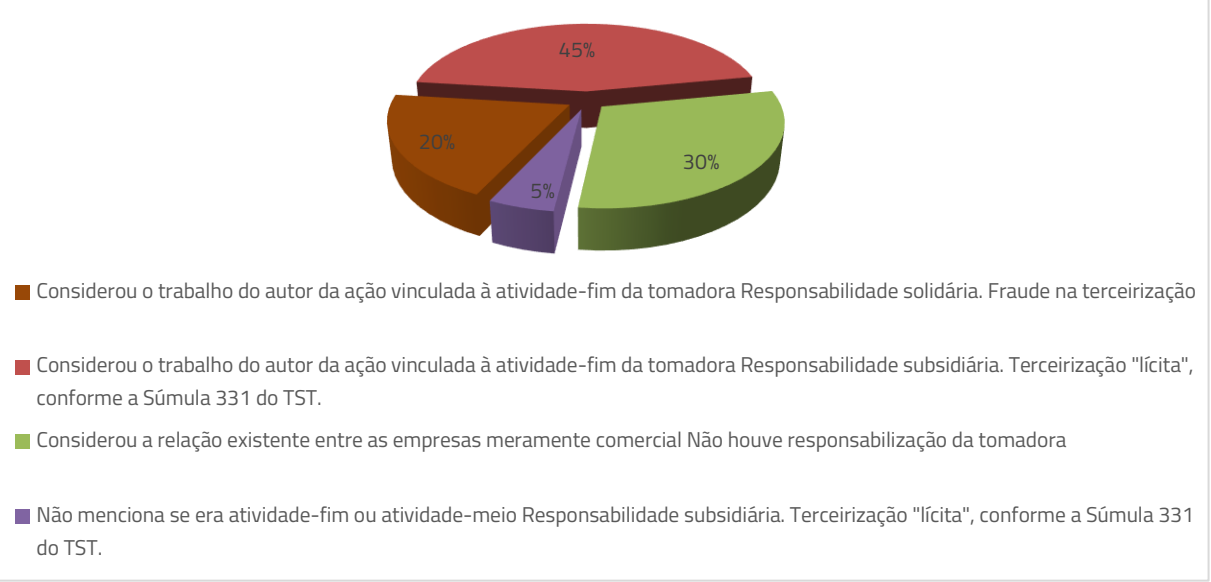
Gráfico 3 - Análise dos Acórdãos: responsabilidade da tomadora no caso do ramo automotivo



Fonte: Elaborado pelos autores

Já na análise do ramo calçadista, nenhum acórdão condenou a empresa contratante na forma subsidiária por terceirizar sua atividade-meio. Em contrapartida, 45% dos acórdãos decretaram terceirização de atividade-fim, embora tenha condenado a tomadora na forma subsidiária, ou seja, não considerando a fraude na relação. Em oposição oposta, 20% das decisões decretaram a fraude na terceirização, por ser efetivada em atividade finalística da empresa "tomadora", considerando todo o polo passivo da demanda responsável solidário pelos créditos trabalhistas não adimplidos. Além disso, em 30% dos acórdãos foi observada que a relação havida entre as empresas tinha cunho estritamente comercial, afastando qualquer responsabilidade da tomadora. Por fim, a fundamentação em 5% do total dos julgados não enfrentou claramente a questão: atividade-fim x atividade-meio, mesmo assim, restou condenada a tomadora na forma subsidiária.

Gráfico 4 - Análise dos Acórdãos: responsabilidade da tomadora no caso do ramo calçadista



Fonte: Elaborado pelos autores

Dentro do contexto ora analisado, é possível afirmar que, no ramo calçadista, existe maior incidência de decretação de fraude na terceirização em comparação com o ramo automotivo, confirmando a hipótese incialmente formulada. Por outro lado, não se pode afirmar as reais razões dessa diferenciação no Judiciário. Entretanto, alguns indícios, como o maior aporte financeiro das empresas "sistemistas", sua especialização e organização, além da relação de "parceria solidária", nas palavras de Sérgio Pinto Martins, existente entre essas e a montadora (General Motors), apontam para aquela terceirização considerada por Márcio Pochmann um "elemento de modernização" em termos de produção em grande escala de especialidade, a qual visa a "maximização da produtividade e maior eficiência no uso dos recursos" (MARTINS, 2003, Pag. 136) (POCHMANN, 2008. p. 40).

Um dado interessante observado, que reforça a tese acima, é a inexistência de revelia das empresas "sistemistas", empregadoras dos reclamantes, sendo no processo nº 0001236-74.2013.5.04.0234, por exemplo, a primeira reclamada, em contestação, alegou ser somente sua a responsabilidade por todas as obrigações de natureza trabalhista e previdenciária decorrentes da ação e que não havia justificativa para a manutenção da General Motors no polo passivo da demanda.(RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2016).

Essa é uma realidade não observada no ramo calçadista, pois, nos 20 acórdãos analisados, observou-se que em 16 deles houve a decretação da revelia e a confissão da primeira reclamada, ou seja, a real empregadora do autor da ação, mesmo notificada da audiência inicial e oportunizada a devida defesa, não compareceu à audiência e não apresentou contestação. Tais fatos não são suficientes para uma conclusão cabal, mas são indícios que podem comprovar a debilidade técnica e econômica das empresas terceirizadas com as quais as empresas de maior porte do ramo calçadista se relacionam. Em muitos casos, são empresas familiares que contam com um baixo capital social.

Outro indício interessante de se observar é a existência de dívidas trabalhistas não quitadas das empresas dos dois ramos, conforme dados do Banco Nacional de Devedores Trabalhistas. O

TRT da 4ª Região anualmente divulga o ranking com os 100 maiores devedores trabalhistas, contra os quais pende a satisfação dos títulos executivos, muitas vezes por conta da inexistência de bens que frustram a execução. Em 2015, nenhuma das empresas "sistemistas" integrantes do polo industrial da General Motors figurou na referida lista. Por outro lado, dos primeiros 100 devedores da lista, 20 são empresas de pequeno e médio porte que atuam no ramo calçadista, totalizando 2965 ocorrências. É preciso destacar, também, o número expressivo de empresas que atuam na terceirização de serviços, como limpeza e conservação, segurança patrimonial e outras atividades, que juntas totalizam 5307 ocorrências (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2015).

Gráfico 5 - percentual de ocorrência das empresas no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas em processos em fase de execução na Justiça do Trabalho do Rio Grande do Sul



Fonte: Elaborado pelos autores

Para exemplificar os problemas enfrentados com a fundamentação das decisões, podem-se citar os casos dos acórdãos do ramo calçadista: nos processos 0001296-88.2013.5.04.0382, 0001328-93.2013.5.04.0382 e 0001288-14.2013.5.04.0382 as sentenças afastaram a tese de relação de serviço. Porém, os respectivos acórdãos reconheceram a responsabilidade subsidiária das empresas tomadoras. Por outro lado, nos processos 0001307-20.2013.5.04.0382 e 0001298-58.2013.5.04.0382, que contaram com as mesmas demandadas das ações acima, as sentenças condenaram as tomadoras na forma subsidiária, adotando a teoria do risco-criado. Em sede recursal, ambos os relatores apontaram fraude na terceirização de atividade-fim, já que as empresas de calçados "deixaram de produzir seus produtos, repassando a outras empresas essa função".

Outro exemplo é o do processo 0001309-87.2013.5.04.0382, em que se observou o voto da relatora apresentado com diversos argumentos para fundamentar a existência de fraude na terceirização, uma vez que havia "pulverização" da produção finalística das empresas tomadoras. Entretanto, os demais integrantes da turma divergiram com apenas dois argumentos rasos, se comparados ao referido voto da relatora: entenderam que o reclamante não se desincumbiu de comprovar a terceirização de serviços irregular e que, na verdade, a relação entre as empresas era meramente comercial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente estudo de caso, portanto, é possível concluir que a para tratar do tema terceirização é necessário um aprofundamento nas especificidades dos diferentes ramos de produção encontrados na economia. É preciso, também, destacar que a pesquisa se deu antes da promulgação da lei 13.429 de 31 de março de 2017 que possibilita a terceirização para todas as áreas. Nesse sentido torna-se ainda mais importante o papel desempenhado pelo Judiciário, uma vez que Súmula 331 do TST não foi alterada. Nesse contexto, o problema da (in) segurança jurídica, enfrentado pelo Judiciário como um todo, poderá continuar sendo realidade no âmbito das decisões que enfrentam a terceirização. Decisões contraditórias entre si e a existência de fundamentação com breves argumentos, ampliam as controvérsias.

Adotando métodos acima descritos, as proposições inicialmente formuladas foram, em certa medida, confirmadas. Pôde-se verificar a dificuldade na conceituação de atividade-fim e atividade-meio, fazendo com que ações, que possuem as mesmas empresas no polo passivo e autores tendo trabalhado em idênticas funções, tivessem julgamentos completamente diferentes. Também, é possível afirmar que, no ramo calçadista, existe maior incidência de decretação de fraude na terceirização em comparação com o ramo automotivo, além de possuir mais empresas no rol de devedores na Justiça do Trabalho, formulado pelo próprio órgão.

Por outro lado, não se pode afirmar as reais razões dessa diferenciação no Judiciário. Entretanto, alguns indícios, como o maior aporte financeiro das empresas "sistemistas", sua especialização e organização, além da relação de parceria solidária, reforça a tese de que, na realidade de uma montadora automotiva, a terceirização pode ser considerada um elemento de modernização em termos de produção em grande escala de especialidade, e não tão somente a redução de custos de produção, como observado na relação entre fabricante de calçados e os atelieres terceirizados.

As conclusões do estudo de caso confirmam, de certa forma, a "importação às avessas" da terceirização no Brasil, sendo que a própria Súmula 331 do TST não prevê a especialização da empresa terceirizada. Por fim, fica claro que para tratar do tema terceirização é necessário um aprofundamento nas especificidades dos diferentes ramos de produção encontrados na economia. Além disso, a comunidade jurídica deve estar atenta quanto ao tratamento do tema, inquestionavelmente, de extrema importância e que impacta toda a sociedade. Para tanto é necessário que as decisões sejam fundamentadas de forma não discricionária, ainda que exista excesso de processos para serem julgados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0000836-25.2010.5.04.0021**. Relatora Desembargadora Maria Madalena Telesca. Data do julgamento: 17 abr. 2013. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:dT8eyJnTIXYJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D45485082++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2012-10-01..2016-05-01++loca%C3%A7%C3%A3o+de+servi%C3%A7os&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 01 maio 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0001567-23.2011.5.04.0203**. Relator Desembargador Herbert Paulo Beck. Data do julgamento: 05 set. 2013. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:zAbnkjPsAycJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D47145006++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2012-05-01..2016-05-01++representa%C3%A7%C3%A3o+comercial+aut%C3%B4noma&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 01 maio 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0000061-80.2012.5.04.0751**. Relator Desembargador José Felipe Ledur. Data do julgamento: 03 abr. 2013. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:etkO6ddAYL0J:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D45313637+empreitada+rela%C3%A7%C3%A3o+de+emprego+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2012-05-01..2016-05-01++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 01 maio 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0000125-64.2014.5.04.0252**. Relatora Desembargadora Maria Helena Lisot. Data do julgamento: 16 dez. 2015. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:UaJnr4CPUawJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D55256330++inmeta:DATA_DOCUMENTO:1990-05-01..2016-05-01++cooperativa+rela%C3%A7%C3%A3o+de+emprego&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 01 maio 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0001288-14.2013.5.04.0382**. Relator Ricardo Carvalho Fraga. Data do Julgamento: 11 maio 2016. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:S4QimvyadKQJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D56148049++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-08-04..2016-08-04++%22INDUSTRIA+DE+CALCADOS+WEST+COAST+LTDA%22+%22subsidi%C3%A1ria%22&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0000105-67.2013.5.04.0233**. Relator Alexandre Corrêa Da Cruz. Data do Julgamento: 20 nov. 2014. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:NticixsSmgIJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D51889184++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2010-01-01..2016-08-12++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0001492-54.2012.5.04.0233**. Relator Ricardo Carvalho Fraga. Data do Julgamento: 4 fev. 2015. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:D2fnlCCeYVoJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D52372001++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2010-08-19..2016-08-19++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 19 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0001621-59.2012.5.04.0233**. Relatora Maria Cristina Schaan Ferreira. Data do Julgamento: 9 mar. 2016. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:7Uq0-cxfppcJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D55638829++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-08-17..2016-08-17++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Acórdão do processo 0000293-38.2013.5.04.0014**. Relator Marcelo José Ferlin D Ambroso. Data do Julgamento: 19 mar. 2015. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:f-Ku42Ow-W0J:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D52791960++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2012-08-16..2016-08-16++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0000948-35.2013.5.04.0232**. Relator Wilson Carvalho Dias. Data do Julgamento: 23 set. 2015. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:TfQVH-bgMu4J:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D54457769++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-08-17..2016-08-17++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0000372-05.2014.5.04.0233**. Relatora Tânia Regina Silva Reckziegel. Data do Julgamento: 7 jul. 2016. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:UNSUREYr4nEJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D56596040++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-08-17..2016-08-17++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0001407-34.2013.5.04.0233**. Relatora Lucia Ehrenbrink. Data do Julgamento: 9 jun. 2016. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:_k1K8VamwRgJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D56372149++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-08-17..2016-08-17++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0000006-63.2014.5.04.0233**. Relatora Karina Saraiva Cunha. Data do Julgamento: 19 maio 2016. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:WEqYU6X-1HEJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D56223493++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-08-17..2016-08-17++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0000439-78.2011.5.04.0231**. Relatora Tânia Regina Silva Reckziegel. Data do Julgamento: 28 set. 2015. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:tlEeYGfcX2IJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D54493959++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-08-17..2016-08-17++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0001236-74.2013.5.04.0234**. Relatora Brígida Joaquina Charão Barcelos Toschi. Data do Julgamento: 18 fev. 2016. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:cae_7Q1j-6YJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D55480327++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-08-17..2016-08-17++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 17 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0000892-93.2013.5.04.0234**. Relator Wilson Carvalho Dias. Data do Julgamento: 25 maio 2015. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:ueSZmXXbP50J:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D56256888++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2015-08-20..2016-08-20++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0020239-37.2015.5.04.0010**. Relator Raul Zoratto Sanvicente. Data do Julgamento: 28 abr. 2016. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:zImD3QmMX7kJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D4064227%26v%3D8128454++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2015-01-22..2016-08-22++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 22 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0000267-34.2012.5.04.0383**. Relator Raul Zoratto Sanvicente. Data do Julgamento: 28 abr. 2016. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:S2jrclStUsgJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D49941248++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-01-22..2016-08-22++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 22 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0107700-08.2009.5.04.0382**. Relator Wilson Carvalho Dias. Data do Julgamento: 18 set. 2014. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:Syx9hkU5rowJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D51176359++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-08-25..2016-08-25++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0000812-04.2012.5.04.0384**. Relatora Ana Luiza Heineck Kruse. Data do Julgamento: 15 jun. 2016. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:hJ_hHy2GsvUJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D56429702++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-08-25..2016-08-25++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Acórdão do processo 0000412-58.2014.5.04.0371**. Relator Gilberto Souza Dos Santos. Data do Julgamento: 29 set. 2015. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:D8ihiwlQLRkJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D54506703++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-08-25..2016-08-25++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0021050-04.2015.5.04.0331**. Relator Joao Alfredo Borges Antunes de Miranda. Data do Julgamento: 3 maio 2016. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:ehaxnXQfnBkJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D4166632%26v%3D8333264++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2015-08-26..2016-08-26++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 26 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0021042-21.2015.5.04.0333**. Relatora Lucia Ehrenbrink. Data do Julgamento: 24 jun. 2016. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:wBOQ1pvPkCcJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D5268105%26v%3D10536210++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2015-08-26..2016-08-26++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 26 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0021044-91.2015.5.04.0332**. Relator Herbert Paulo Beck. Data do Julgamento: 06 maio 2016. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:B0BVygBt7NAJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D4560791%26v%3D9121582++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2015-08-29..2016-08-29++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0001288-75.2012.5.04.0373**. Relator Gilberto Souza Dos Santos. Data do Julgamento: 18 ago. 2015. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:XR4KXVsi6i4J:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D54173924++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2015-08-10..2016-08-30++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0020075-53.2015.5.04.0372**. Relator Juraci Galvao Junior. Data do Julgamento: 1 abr. 2016. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:kif300phTiwJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D3997209%26v%3D7994418++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2015-08-10..2016-08-30++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0001237-36.2013.5.04.0371**. Relatora Laís Helena Jaeger Nicotti. Data do Julgamento: 2 dez. 2015. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:Po6Br_WQJ1wJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D55124937++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2015-08-30..2016-08-30++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0001296-88.2013.5.04.0382**. Relator José Felipe Ledur. Data do Julgamento: 8 jun. 2016. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:tYg2BuWp_1UJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D56364669++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-08-04..2016-08-04++%22INDUSTRIA+DE+CALCADOS+WEST+COAST+LTDA%22+%22subsidi%C3%A1ria%22&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0001328-93.2013.5.04.0382**. Relatora Lucia Ehrenbrink. Data do Julgamento: 14 abr. 2016. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:ibQdkM1FtKIJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D50939170++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-08-04..2016-08-04++%22INDUSTRIA+DE+CALCADOS+WEST+COAST+LTDA%22+%22subsidi%C3%A1ria%22&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0001307-20.2013.5.04.0382**. Relator Gilberto Souza Dos Santos. Data do Julgamento: 17 maio 2016. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:PrF9VK5h6YEJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D56195379++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-08-04..2016-08-04++%22INDUSTRIA+DE+CALCADOS+WEST+COAST+LTDA%22+%22subsidi%C3%A1ria%22&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0001298-58.2013.5.04.0382**. Relatora Carmen Gonzalez. Data do Julgamento: 9 jun. 2016. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:VqlACdCD8HAJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D56374139++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-08-04..2016-08-04++%22INDUSTRIA+DE+CALCADOS+WEST+COAST+LTDA%22+%22subsidi%C3%A1ria%22&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0001325-41.2013.5.04.0382**. Relatora Angela Rosi Almeida Chapper. Data do Julgamento: 21 jun. 2016. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:GXjl82ekQfIJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D56457655++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-08-04..2016-08-04++%22INDUSTRIA+DE+CALCADOS+WEST+COAST+LTDA%22+%22subsidi%C3%A1ria%22&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0001309-87.2013.5.04.0382**. Relatora Carmen Gonzalez. Data do Julgamento: 7 jul. 2016. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:rbnQmkMDbjIJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D56592137++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-08-04..2016-08-04++%22INDUSTRIA+DE+CALCADOS+WEST+COAST+LTDA%22+%22subsidi%C3%A1ria%22&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0001295-06.2013.5.04.0382**. Relator Emílio Papaléo Zin. Data do Julgamento: 28 jul. 2016. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:ma0lK__n2coJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D56739076++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-08-04..2016-08-04++%22INDUSTRIA+DE+CALCADOS+WEST+COAST+LTDA%22+%22subsidi%C3%A1ria%22&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0001330-63.2013.5.04.0382**. Relator George Achutti. Data do Julgamento: 13 abr. 2016. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:SUGGKB-HW64J:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D55927991++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2014-08-04..2016-08-04++%22INDUSTRIA+DE+CALCADOS+WEST+COAST+LTDA%22+%22subsidi%C3%A1ria%22&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0001333-18.2013.5.04.0382**. Relator George Achutti. Data do Julgamento: 13 abr. 2016. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:7VizAFnjntIJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpssp.baixar%3Fc%3D55927989++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2015-09-05..2016-09-05++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário nº 0050400-15.2009.5.04.0471**. Relatora Desembargadora Beatriz Renck. Data do julgamento: 13 jul. 2011. Disponível em: <http://gsa6.trt4.jus.br/search?q=cache:17875ZqtQgoJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpi.baixar%3Fc%3D38957303++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2010-01-12..2016-03-12++8.955/94&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Sentença do processo 0000641-78.2013.5.04.0233**. Juíza Aline Doral Stefani Fagundes. Data do Julgamento: 30 nov. 2014. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Sentença do processo 0001407-34.2013.5.04.0233**. Juiz Mateus Crocoli Lionzo. Data do Julgamento: 26 ago. 2015. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Sentença do processo 0000798-34.2013.5.04.0271**. Juíza Silvana Martinez de Medeiros. Data do Julgamento: 11 jun. 2014. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Sentença do processo 0000086-27.2014.5.04.0233**. Juiz Maurício Joel Zanotelli. Data do Julgamento: 30 jul. 2015. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Sentença do processo 0000814-37.2013.5.04.0384**. Juíza Cinara Rosa Figueiró. Data do Julgamento: 21 maio 2015. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 25 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Sentença do processo 0021050-04.2015.5.04.0331**. Juiz Rosiul De Freitas Azambuja. Data do Julgamento: 25 set. 2015. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_id=BSvjnXGZD4zfN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p_completo=0&p_tamanho=0&cid=157012>. Acesso em: 26 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Sentença do processo 0021044-91.2015.5.04.0332**. Juíza Valdete Souto Severo. Data do Julgamento: 13 fev. 2016. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_id=UCR%2BHtFvY03fN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p_completo=0&p_tamanho=0&cid=160040>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Sentença do processo 0020075-53.2015.5.04.0372**. Juiz Charles Lopes Kuhn. Data do Julgamento: 9 nov. 2015. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=1&p_id=a5f7nMQKsxPfN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p_idpje=%2Bn2LuG4zEmI%3D&p_num=%2Bn2LuG4zEmI%3D&p_npag=x>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Sentença do processo 0001296-88.2013.5.04.0382**. Juiz Osvaldo Antonio da Silva Stocher. Data do Julgamento: 28 abr. 2015. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**. Sentença do processo 0001328-93.2013.5.04.0382**. Juiz Osvaldo Antonio da Silva Stocher. Data do Julgamento: 28 abr. 2015. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Sentença do processo 0001288-14.2013.5.04.0382**. Juiz Osvaldo Antonio da Silva Stocher. Data do Julgamento: 28 abr. 2015. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Sentença do processo 0001307-20.2013.5.04.0382**. Juiz Jose Luiz Dibe Vescovi. Data do Julgamento: 31 ago. 2015. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Sentença do processo 0001298-58.2013.5.04.0382**. Juiz Jose Luiz Dibe Vescovi. Data do Julgamento: 31 jan. 2015. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Sentença do processo 0001325-41.2013.5.04.0382**. Juíza Lúcia Rodrigues de Matos. Data do Julgamento: 21 mar. 2015. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Sentença do processo 0001295-06.2013.5.04.0382**. Juiz Osvaldo Antonio da Silva Stocher. Data do Julgamento: 28 abr. 2015. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Sentença do processo 0001330-63.2013.5.04.0382**. Juiz Osvaldo Antonio da Silva Stocher. Data do Julgamento: 28 abr. 2015. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Sentença do processo 0001333-18.2013.5.04.0382**. Juiz Osvaldo Antonio da Silva Stocher. Data do Julgamento: 28 abr. 2015. Disponível em: <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_rapida/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 31 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331**. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 24 mar. 2016.

CAMBI, Eduardo; BUENO, Filipe Braz da Silva. Segurança Jurídica e Efetividade Processual. **Revista dos Tribunais Sul**. v. 4, p. 175-190, Mar./Abr. 2014. **Revista dos Tribunais Sul**. v. 5, p. 175-190, Maio/Jun. 2014. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015661 8aea9be7e5f507&docguid=I9419c8c06aff11e4b823010000000000&hitguid=I9419c8c06aff11e4b823010000 000000&spos=20&epos=20&td=4000&context=31&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 6 ago. 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização**: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 505-508.

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

POCHMANN, Márcio. A superterceirização do trabalho. In: FAGNANI, Eduardo (Org**).. Debates contemporâneos, economia social e do trabalho**. n. 2. São Paulo: LTr, 2008.

SCHNEIDER, Sergio. O mercado de trabalho da indústria coureiro-calçadista do rio grande do sul: formação histórica e desenvolvimento. In: BARCELOS DA COSTA, Achyles; PASSOS, Maria Cristina (Coord). **A indústria Calçadista no Rio Grande do Sul**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. Tradução de Daniel Grassi. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

A POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO PELO DESCUMPRIMENTO DE COTAS MÍNIMAS DE CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Karen Cristina Pereira Knevitz dos Santos[1]
Rafael Pereira[2]

INTRODUÇÃO

A contratação de pessoas com deficiência é um tema atual e de extrema relevância para a área do Direito do Trabalho, o que justifica a realização deste estudo. A construção do referencial teórico se deu com subsídios a partir de livros, artigos científicos, revistas etc., analisando-se e interpretando-se conceitos e, aplicando-os à realidade, visto que o assunto escolhido para a análise ainda não foi integralmente trabalhado, sendo utilizadas fontes diversificadas acerca do tema para apresentar questões históricas, jurisprudenciais e estudos de leis para alcançar os objetivos geral e específicos do trabalho. O método de abordagem é o dedutivo, pois para a construção deste trabalho o ponto de partida foi apresentar as normas e teorias sobre o tema, seguindo para o caso concreto. Inicialmente, o artigo apresenta um histórico acerca da deficiência e inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho seguido por um comparativo entre o cenário atual da inclusão e a influência dos aspectos históricos da inserção de PCD's no mercado produtivo. Ao final, é realizada a interpretação dos dados estatísticos frente a jurisprudência quanto a caracterização do dano moral coletivo pelo descumprimento de cotas mínimas de contratação de pessoas com deficiência.

HISTÓRICO SOBRE A DEFICIÊNCIA E A INCLUSÃO DE PCD'S NO MERCADO DE TRABALHO

As concepções acerca da deficiência podem ser divididas, ao longo da história, em pré-científicas e científicas (BARTALOTTI, 2010) Em síntese, o caminho histórico sobre a deficiência pode ser definido como "[...] do extermínio à integração, passando por uma escala na segregação: "da exposição" das crianças gregas à tentativa de oferecimento de oportunidades iguais, passando pelo "asilismo"" (AMARAL, 1994, p 14).

Na Antiguidade e Idade Média, a concepção predominante era a pré-científica e a deficiência estava vinculada ao sobrenatural, ou seja, era vista como possessão demoníaca ou castigo de Deus. Com isso, os deficientes eram abandonados ou sacrificados. Já as concepções científicas eram baseadas em pesquisas que comprovavam que a deficiência se tratava de uma doença do corpo e não de uma possessão (BARTALOTTI, 2010). As pessoas com deficiência eram aniquiladas, tendo em vista que estavam fora do padrão e da harmonia da relação com a natureza e por não possuírem

[1] Bacharela em Direito e Tecnóloga em Gestão de Recursos Humanos. E-mail: karencp@feevale.br.
[2] Mestre em Qualidade Ambiental pela Universidade Feevale. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: rafaelpereira@feevale.br.

habilidades motoras para o deslocamento; audição e visão para verificar objetos que necessitavam; capacidade mental e força das mãos e braços. Ainda, o trabalho produtivo os colocava à margem da sociedade, pois não eram dignos de participar da Ordem Divina e natural e, com isso, eram institucionalizados para que não causassem distúrbios na sociedade dita como "normal" (ROSS, 2006)

No final da Idade Média e com o fortalecimento do cristianismo, que pregava a ideia de que todos eram filhos de Deus e que somente Ele poderia tirar a vida, surgiram os primeiros espaços assistenciais que abrigavam as pessoas com deficiência e aqueles que, por alguma razão, fugiam dos padrões de comportamento. Todavia, não se tratava de tratamento, eram apenas abrigos e ainda permeava a concepção de que a deficiência estava ligada ao sobrenatural (BARTALOTTI, 2010).

Surgiram então, no Renascimento, as concepções científicas, devido ao florescimento das artes e da busca pelo conhecimento, impulsionando a preocupação com os indivíduos e com explicações para os males que os acometem. Neste período, a explicação para as deficiências não estava mais nos deuses, e sim no corpo das pessoas, que passaram a ser vistas como doentes e não como possuídas. Mas foi a partir dos séculos XVIII e XIX, com a evolução da medicina e dos conhecimentos específicos acerca do desenvolvimento do ser humano e das doenças, que as pessoas com deficiência passaram a ter direito a tratamento. A partir daí, cresceram as técnicas e surgiram as instituições para tratamento dessas pessoas (BARTALOTTI, 2010). Ademais, de acordo com Pastore, as mudanças mundiais positivas levaram algumas deficiências a serem estudadas não apenas nos campos da medicina e da psicologia, mas também no campo sociológico, deixando de representar um problema individual e passando a ser um fenômeno da sociedade (PASTORE, 2001).

Assim, no século XX, ampliou-se a busca pela classificação das deficiências, assim como pelos diagnósticos e tratamentos específicos. Diante da evolução histórica, percebe-se que a sociedade também foi responsável pela percepção acerca das pessoas com deficiência, devido aos obstáculos criados serem maiores do que as oportunidades de inserção, causando o afastamento e marginalização destas pessoas (PASTORE, 2001).

No Brasil, o primeiro texto legal para tratar exclusivamente das pessoas com deficiência foi a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a qual foi estendida com a Emenda nº 12, de 1978, que expandiu os direitos desta parcela da população. Todavia, foi com a Constituição Federal de 1988, que o tema tomou proporções mais amplas, sendo estas, ora paternalistas, ora realistas, conforme explica Luiz Alberto David Araújo "A Constituição, ao garantir os direitos das pessoas portadoras de deficiência, estampou suas contradições e seus conflitos, diante de problemas como a miséria, a fome, a desnutrição infantil, a falta de habitação, etc" (ARAUJO, 1997, p. 12).

Sancionada cerca de um ano após a Constituição Federal ser promulgada, a Lei 7.853 de 24 de outubro de 1989 passou a dispor acerca do amparo às PCD's, ao prever o apoio do governo para a capacitação profissional e direito a comparecer a cursos regulares direcionados à formação profissional, o compromisso do Poder Público em promover e manter vagas nos setores públicos e privados. Ademais, de acordo com Rafael Diogo Diógenes Lemos, passou a conceituar o que é deficiência e explicar suas espécies. Ainda, conforme o autor, atualmente e em vigor, o Decreto 3.298/1999 é a legislação dominante no que tange à Política Nacional para a Integração da Pessoa

Portadora de Deficiência, o qual revogou totalmente o Decreto 914, editado em 06 de setembro de 1993 (LEMOS, 2015) Contudo, embora todas as conquistas que possibilitaram a concepção de cidadania, as pessoas com deficiência não estavam inseridas no mercado formal de trabalho ou trabalhavam em situações precárias. Para tanto, no Brasil, surgiu a Lei 8.213, de 24 de Julho de 1991, a qual passou a estabelecer a obrigatoriedade de as empresas com 100 ou mais empregados contratarem pessoas com deficiência para preencherem uma parcela de seus cargos, como se vê em sua redação:

> Art. 93 - A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:
> I - até 200 empregados.....2%;
> II - de 201 a 500.....3%;
> III - de 501 a 1.000.....4%;
> IV - de 1.001 em diante.....5%.

O parágrafo 2° da Lei 8.213, de 24 de Julho de 1991, determina que cabe ao Ministério Público e da Previdência Social fornecer às entidades e sindicatos representantes dos empregados as estatísticas acerca das vagas preenchidas por deficientes habilitados ou reabilitados em relação ao número total de empregados. Cabe também ao Ministério Público, nos termos do artigo 3°, da Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, proteger os interesses das pessoas com deficiência, através da propositura de ações civis públicas para interesses coletivos ou difusos das PCD's.

Nesse sentido, visando aproximar os empresários, organizações e autoridades públicas das questões que envolvem as pessoas com deficiência e buscando alterar a situação cultural de exclusão desta minoria, o Ministério Público do Trabalho, em parceria com o Ministério do Trabalho e Emprego, atua objetivando o cumprimento das normas relativas à inclusão. São realizadas ações para dirimir o desconhecimento acerca das capacidades que as pessoas com deficiência possuem, o que é visto como o maior impedimento para o cumprimento da Lei (A INCLUSÃO, 2007).

Todavia, caso as tentativas de aproximação não ocorram e permaneça a situação de descumprimento da Lei, o Ministério Público do Trabalho, conforme explica o Manual do Ministério do Trabalho e Emprego "[...] tentará compor a situação por meio do Termo de Ajuste de Conduta (que não exime a empresa infratora do descumprimento da lei), que estipulará prazo para sua adequação". No entanto, passado o prazo e tendo a empresa permanecido na situação de descumprimento, será ajuizada Ação Civil Pública, através da qual o Ministério Público postulará a aplicação de multa até que a cota seja cumprida, assim como condenará a empresa a uma indenização a nível social (A INCLUSÃO, 2007).

Outro avanço histórico no cenário brasileiro se deu com a alteração da nomenclatura do Regimento Interno do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - CONADE, através da Portaria n° 2.344, de 03 de novembro de 2010, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, a qual atualizou o termo "Pessoas Portadoras de Deficiência" para "Pessoas com Deficiência". Tal mudança ocorreu, pois, as pessoas que possuem deficiência não a carregam ou portam a deficiência, elas nascem com ela ou adquirem ao longo da vida, por isso: elas possuem deficiência e são "Pessoas com deficiência – PCD's".

Não obstante, em 06 de julho de 2015, foi instituída a Lei Brasileira de inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), sob o nº 13.146, a qual visa a inclusão social e cidadania, através da promoção das liberdades basilares e do exercício dos direitos das pessoas com deficiência, não apenas assegurando, mas buscando a promoção destes em condições de igualdades. Conforme o artigo 7º do referido Estatuto, quando verificada violação ou qualquer tipo de ameaça aos direitos da pessoa com deficiência, cabe a todo e qualquer cidadão levar a conhecimento das autoridades competentes. No artigo 34, o Estatuto estabelece que é direito da pessoa com deficiência escolher e aceitar trabalho, desde que oferecido em igualdades com os demais e que o ambiente onde irá desenvolver suas atividades seja inclusivo e com estrutura acessível, sendo estas obrigações das pessoas jurídicas de qualquer natureza, de direito privado ou público.

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu artigo 5º, o princípio isonômico de igualdade, quando 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 [...]". Além disso, a carta magna brasileira prevê, no artigo 7º, inciso XXXI, a "proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência".

De acordo com o artigo 7º, inciso III, da Lei 7.853/89, as práticas discriminatórias em relação à pessoa com deficiência constituem crime cuja pena de reclusão é de 2 a 5 anos cumulada de multa, quando, dentre outros atos discriminatórios, a empresa "negar ou obstar emprego, trabalho ou promoção à pessoa em razão de sua deficiência". Não obstante, o art. 37, da Constituição Federal de 1988, juntamente com o artigo 2º, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 prevêem a reserva de cargos e empregos públicos para PCD's, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. O mesmo prevê a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no artigo 5º, parágrafo 2º ao assegurar que serão reservadas 20% das vagas oferecidas no concurso para pessoas com deficiência.

Todavia, para falar sobre inclusão de PCD's no mercado de trabalho é necessário entender o conceito de deficiência, assim como verificar as aptidões que cada pessoa com deficiência possui, visando contratá-la para uma vaga adequada ao seu perfil. Segundo Zanetti, Iacono e Rossetto (2006) cada deficiência possui suas próprias necessidades e características, podendo resultar da trajetória social do indivíduo ou ser um defeito orgânico. Deficiência, para fins de proteção legal, segundo o Manual do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, é entendida como uma limitação que incapacite o indivíduo para o exercício de atividades no dia-a-dia e que, em razão disso, a pessoa tenha dificuldades para se inserir na sociedade (A INCLUSÃO, 2007). A pessoa com deficiência, segundo a Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, é aquela que apresenta "Redução, limitação ou inexistência das condições de percepção das características do ambiente ou de mobilidade e de utilização de edificações, espaço, mobiliário, equipamento urbano ou elementos, em caráter temporário ou permanente" (ABNT, 2004).

Ainda, conforme o Art. 3º, inciso I, do Decreto 3.298/99, deficiência é toda anormalidade ou perda de uma função psicológica ou uma estrutura, anatômica ou fisiológica, que possa gerar incapacidade para desempenhar uma atividade, dentro do que se considera um padrão normal para

o ser humano. A deficiência pode ser física, auditiva, visual, mental ou múltipla. Segundo o Decreto nº 5.296/04, art. 5º, § 1º, "a", c/c Decreto nº 3.298/99, art. 4º, I, a deficiência física pode apresentar-se sob a forma de "[...] paraplegia, parapesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida [...]". A deficiência auditiva, segundo Gualberto Filho caracteriza-se pela "[...] perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz" (GUALBERTO FILHO, 2011, p. 400).

A deficiência visual, de acordo com o artigo 70, parágrafo 4º, inciso III, do Decreto nº 5.296/04, classifica-se como:

> Cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; A visão baixa, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; Os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60°; Ou a ocorrência simultânea de quaisquer condições anteriores.

A deficiência mental ocorre quando o funcionamento intelectual é inferior à média, e se manifesta antes dos dezoito anos, com isso, o indivíduo apresenta limitações ligadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas. E, a deficiência múltipla ocorre quando há a associação de duas ou mais deficiências (GUALBERTO FILHO, 2011). Além da deficiência, o Decreto 3.298/99, em seu artigo 3º, inciso III, conceitua a incapacidade, a qual se trata de uma redução das atividades de integração social, a qual exige o uso de recursos para que a pessoa com deficiência desenvolver suas atividades, buscando diminuir as dificuldades que impedem o seu convívio em sociedade e bem-estar.

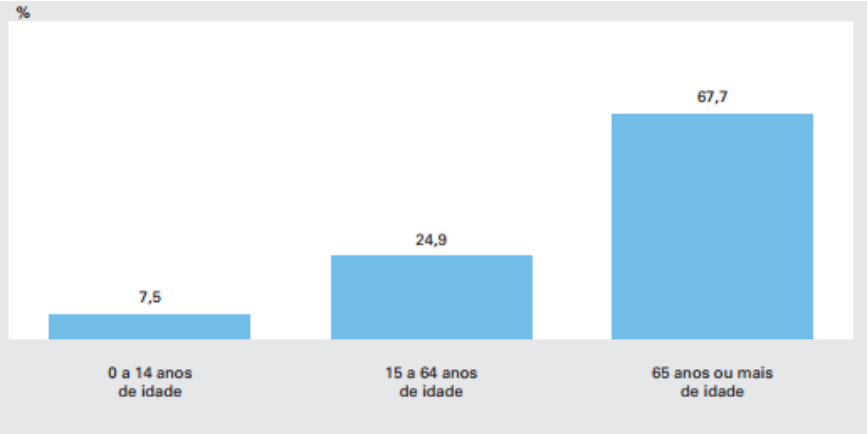
O artigo 36, parágrafo 2º do mesmo Decreto traz a situação da pessoa com deficiência habilitada e a reabilitada. A primeira se refere àquelas pessoas que realizaram e concluíram curso de educação profissional. Além disso, de acordo com o parágrafo 3º do mesmo artigo, pode ser considerada habilitada mesmo a pessoa com deficiência que, embora não passe por processo de habilitação ou reabilitação, seja capacitada para exercer determinada função.

A pessoa reabilitada, é aquela que após o processo de reabilitação, passa a desempenhar funções que já exercia ou novas, desde que sejam compatíveis e estejam de acordo com a sua limitação (A INCLUSÃO, 2007).

O CENÁRIO ATUAL DA INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

De acordo com o Censo Demográfico 2010, 45.606.048 milhões de pessoas afirmaram possuir ao menos uma das deficiências investigadas, o equivalente a 23,9% da população brasileira. Desses, 38.473.702 deficientes residiam na zona urbana e 7.132.347, na zona rural (IBGE, 2010). A seguir, o gráfico 1 apresenta o percentual de deficientes, segundo a idade no Brasil, de acordo com o Censo Demográfico 2010:

Gráfico 6 - Percentual de pessoas com pelo menos uma das deficiências investigadas na população residente, segundo os grupos de idade – Brasil - 2010



Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE

Conforme o gráfico contatou-se que 24,9% das pessoas com deficiência estão no grupo de idade economicamente ativa. Todavia, o dado mais expressivo mostra que 67,7% das pessoas com deficiência possuem 65 anos ou mais de idade, tendo em vista que com o envelhecimento ocorre a perda das capacidades motora, visual e auditiva (IBGE, 2010).

O Censo 2010 também apresentou o nível de escolaridade das pessoas com deficiência no país, com idade acima de 15 anos:

Tabela 1 - Distribuição percentual da população de 15 anos ou mais de idade, por existência de pelo menos uma das deficiências investigadas e nível de instrução – Brasil – 2010.

Escolaridade	**Percentual %**
Sem instrução e fundamental incompleto	61,10%
Fundamental completo e médio incompleto	14,20%
Médio completo e superior incompleto	17,70%
Superior completo	6,70%
Não determinado	0,40%

Fonte: Elaborado pela acadêmica a partir dos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE

Verifica-se na tabela 1 que 61,10% dos entrevistados não possuem instrução ou apenas o ensino fundamental incompleto. Já 14,20% possuem o ensino fundamental completo e médio incompleto, enquanto 17,70% já concluíram o ensino médio e possui o ensino superior incompleto. Por fim, apenas 6,70% da população entrevistada já concluíram o ensino superior (IBGE, 2010) Através destes dados, resta cristalina a dificuldade de inserção das pessoas com deficiência também no âmbito escolar.

O Censo 2010 apresentou, na tabela 2, a posição no trabalho ocupada por PCD's acima de 10 anos de idade:

Tabela 2 - Distribuição das pessoas de 10 anos ou mais de idade, ocupadas na mesma referência, por existência de pelo menos uma das deficiências investigadas, segundo a posição no trabalho principal – Brasil – 2010

Vínculo	Nenhuma deficiência investigada	Pelo menos uma das defic. investigadas
Não remunerado	1,7%	2,2%
Empregador	2,1%	1,8%
Militares e funcionários públicos estatutários	5,5%	5,9%
Empregado sem carteira de trabalho assinada	20,6%	22,5%
Conta própria	20,8%	27,4%
Empregado com carteira de trabalho assinada	49,2%	40,2%

Fonte: Elaborado pela acadêmica a partir dos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE

Percebe-se que, em razão da lei de cotas no Brasil, o número de pessoas com deficiência com carteira assinada vem crescendo, representando 40,2% das deficiências investigadas no Censo 2010, segundo tabela 2. Esse dado representa uma vitória na questão da inclusão, mas não é possível afirmar que as empresas estão sendo socialmente responsáveis, visto que o número de PCD's trabalhando sem carteira assinada é de 22,5% e que 2,2% trabalham sem nenhum tipo de remuneração (IBGE, 2010).

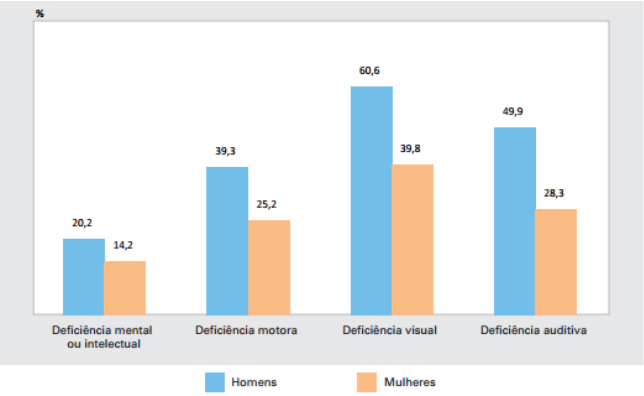
De acordo com a Relação Anual de Informações Sociais - RAIS 2014, houve um avanço na contratação de pessoas com deficiência no percentual de 6,57, o que representa 23,5 mil empregos (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2014) A partir deste resultado, conforme a RAIS 2014:

> [...] tem-se 381,3 mil vínculos declarados como PCD, o que corresponde a um percentual de 0,77% do total dos vínculos empregatícios da RAIS 2014. Assim, observa-se a continuidade do aumento progressivo da participação conforme ocorrido nos últimos anos: 0,73%, em 2013, e 0,70% em 2012 (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2014, p. 20).

Analisando por gênero, contatou-se que os postos de trabalho para PCD's são ocupados em sua maioria pelo sexo masculino, na proporção de 245,7 mil postos masculinos para 135,6 mil postos femininos. Todavia, verificou-se uma inclinação na participação dos homens com alguma deficiência no mercado de trabalho se comparados os anos de 2012, 2013 e 2014. No primeiro, a participação do sexo masculino ficou em 65,00%; no segundo ano em questão, 64,84% e, em 2014, 65,45% (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2014).

O tipo de deficiência também influencia na colocação da PCD no mercado de trabalho, conforme se verifica no gráfico 2:

Gráfico 7- Nível de ocupação da população de 10 anos ou mais de idade, por sexo, segundo o tipo de deficiência investigada – Brasil - 2010



Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE

A deficiência visual entre os homens possui o índice mais alto de colocação no mercado de trabalho, com 60,6%, sendo que para as mulheres resultado ficou em 39,8%. A deficiência auditiva entre os homens atingiu percentual de ocupação de 49,9 e 28,3% entre as mulheres. Já na deficiência motora, 39,3% dos homens exerciam alguma ocupação e 25,2% das mulheres estavam em atividade quando da coleta de dados da pesquisa. O índice de ocupação mais baixo ficou entre os PCD's que possuíam deficiência mental ou intelectual, no total de 20,2% dos homens e 14,2% das mulheres (IBGE, 2010).

Com base nos dados da RAIS 2014, o total de empregos em 2013 e 2014 ocupados por pessoas com deficiência física foi de 181.464,00 e 192.432,00, respectivamente, sendo 117.535,00 ocupados por homens e 63.929,00 ocupados por mulheres em 2013. Já em 2014, o total de homens com este tipo de deficiência foi de 124.195,00 e de mulheres, 68.237,00. A deficiência auditiva ficou em segundo lugar dentre as deficiências com maior número de cargos ocupados nos mesmos anos, no total de 78.078,00 em 2013, sendo destes 49.510,00 ocupados pelo sexo masculino e 28.568,00 pelo sexo feminino. No ano de 2014, o total mensurado ficou em 78.370,00, com 48.822,00 cargos ocupados por homens e 29.548,00, por mulheres. A deficiência visual apareceu em terceiro lugar, totalizando em 2013 33.505,00 empregos, sendo 21.438,00 ocupados por homens e 12.067,00 por mulheres; em 2014 este total ficou em 39.580,00 com 25.224,00 para o sexo masculino e 14.356,00 para o feminino (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2014).

A quarta deficiência com menor número de empregos de acordo com a RAIS 2014 é a intelectual (mental), que apresentou 25.332,00 empregos em 2013, restando 17.874,00 ocupados pelo sexo masculino e 7.458,00 pelo sexo feminino. O mesmo tipo de deficiência, no ano de 2014, obteve um total de 29.132,00 empregos, sendo destes, 20.440,00 ocupados pelos homens e apenas 8.692,00 por mulheres. Por fim, os casos de deficiência múltipla tiveram, em 2013, o total de 5.490,00 empregos, com 3.429,00 homens e 2.061,00 mulheres empregados. No ano de 2014, este número subiu para 6.708,00, com 4.084,00 dos empregos para o sexo masculino e 2.624,00 para o feminino (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2014).

Os reabilitados representaram em 2013, 33.928,00 empregos, sendo 22.215,00 ocupados por homens e 11.713,00 por mulheres. Já em 2014, foram empregados 35.100,00 reabilitados, consistindo em 22.983,00 homens e 12.117,00 mulheres. Ao final, de acordo com a RAIS 2014,

realizando um comparativo entre 2013 e 2014, o total de empregos para deficientes foi de 357.797,00 e 381.322,00, respectivamente. Em 2013, 232.001,00 foram ocupados por homens e 125.796,00, por mulheres. No ano de 2014, 245.748,00 representaram os empregos ocupados pelo sexo masculino e 135.574,00, pelo feminino. O total de empregos para pessoas sem nenhuma deficiência em 2013 foi de 48.590.636,00, sendo destes, 27.771.630,00 para os homens e 20.819.006,00 para as mulheres. O mesmo índice em 2014 totalizou 49.190,188,00 empregos, com 27.887.902,00 ocupados pelo sexo masculino e 21.302.286,00 pelo sexo feminino (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2014).

Quanto ao salário recebido pelas pessoas ocupadas na semana de coleta de dados, com idade de 10 anos ou mais, conforme dados do IBGE:

> [...] 46,4% dessa população ganhava até 1 salário mínimo ou não tinha rendimento, uma diferença de mais de nove pontos percentuais para população sem qualquer dessas deficiências (37,1%). As diferenças por existência de deficiência diminuem nas classes mais altas de rendimento. Ao adicionar a essa análise o tipo de deficiência, constatou-se que, para as pessoas ocupadas com deficiência mental, o maior percentual se encontrava nas classes de mais de ½ a 1 salário mínimo de rendimento de trabalho (27,6%). Situação semelhante ocorreu para a deficiência motora, porém o percentual foi de 28,7% (IBGE, 2010, p. 87).

De acordo com a RAIS 2014, o rendimento médio percebido pelas pessoas com deficiência restou menor que o valor médio dos vínculos formais. Enquanto a média das pessoas com deficiência ficou em R$2.304,26, a dos vínculos formais era de R$2.449,11 (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2014). A tabela 3 mostra a remuneração média em reais conforme o tipo de deficiência:

Tabela 3 - Brasil – Remuneração média (R$) em 31/12/2014, por tipo de deficiência e gênero.

BRASIL - REMUNERAÇÃO MÉDIA (R$) EM 31/12/2014, POR TIPO DE DEFICIÊNCIA E GÊNERO

TIPO DE DEFICIÊNCIA	RAIS/2013(*)			RAIS/2014			Variação Relativa (%)			Relação Rem.
	Masculino	Feminino	Total	Masculino	Feminino	Total	Masculino	Feminino	Total	Fem/Masc 2013(%)
Física	2.537,93	1.946,46	2.331,06	2.566,86	2.008,48	2.370,37	1,14	3,19	1,69	78,25
Auditiva	2.823,57	1.738,61	2.427,36	2.756,20	1.764,63	2.383,27	-2,39	1,50	-1,82	64,02
Visual	2.549,08	2.006,83	2.355,46	2.647,97	2.047,54	2.431,35	3,88	2,03	3,22	77,32
Intelectual (Mental)	1.080,35	959,09	1.044,74	1.094,87	974,90	1.059,04	1,34	1,65	1,37	89,04
Múltipla	1.964,60	1.635,48	1.840,31	2.098,36	1.734,38	1.954,10	6,81	6,05	6,18	82,65
Reabilitado	2.921,28	2.342,27	2.727,48	2.949,81	2.415,84	2.770,37	0,98	3,14	1,57	81,90
Total de Deficientes	2.513,47	1.872,38	2.289,78	2.515,26	1.917,81	2.304,26	0,07	2,43	0,63	76,25
Não Deficientes	2.604,60	2.145,77	2.407,65	2.652,68	2.186,27	2.450,19	1,85	1,89	1,77	82,42
Total	**2.603,87**	**2.144,20**	**2.406,83**	**2.651,52**	**2.184,65**	**2.449,11**	1,83	1,89	1,76	82,39

(*) Deflator: INPC
Fonte: RAIS - Dec. 76.900/75
Elaboração: CGET/DES/SPPE/MTE

Fonte: Características do emprego formal - Relação Anual de Informações Sociais – 2014

Conforme a tabela 3, em relação ao ano de 2013, algumas deficiências tiveram um aumento dos rendimentos, como é o caso das deficiências múltipla, visual e física. Todavia, no que se refere ao gênero, os empregados do sexo masculino permanecem auferindo rendimentos maiores que o feminino, sendo a maior diferença registrada nos casos de deficiência Intelectual (Mental) (89,04%)

e, o menor, entre as pessoas com deficiência Auditiva (64,02%) (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2014).

INTERPRETAÇÃO DOS DADOS ESTATÍSTICOS FRENTE A JURISPRUDÊNCIA QUANTO A CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO PELO DESCUMPRIMENTO DE COTAS MÍNIMAS DE CONTRATAÇÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Para que nasça a obrigação de indenizar, os julgadores analisam a ocorrência de três pressupostos da responsabilidade civil: o dano, o ato ilícito e o nexo de causalidade. Comprovada a existência destes, conforme ensina Antonio Lindbergh C. Montenegro (1998, p. 03), "[...] surge um vínculo de direito por força do qual o prejudicado assume a posição de credor e o ofensor, a de devedor. Em outras palavras, a responsabilidade civil". O dano, consoante já exposto, constitui o elemento mais importante da responsabilidade civil, uma vez que é através dele que está se organiza e materializa. Assim, ocorre o dano quando alguém, por circunstâncias alheias a sua vontade, sofre prejuízos a um bem jurídico.

Conforme explica Gonçalves, o art. 186, do Código Civil Brasileiro determina que "Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo". Neste caso, trata-se de responsabilidade extracontratual proveniente de ilícito extracontratual, porquanto infringido um dever legal. Ademais, o autor explica que na responsabilidade extracontratual não há vínculo jurídico entre a vítima e o ofensor que praticou o ato ilícito (GONÇALVES, 2013).

Pinto (2003) refere que o ato ilícito ocorre quando um direito é violado e sofre dano, tendo em vista um ato praticado em discordância com a ordem jurídica. Cavalieri Filho (2010) descreve o ato ilícito como o conceito de maior importância sobre este tema, por se tratar do fato gerador da responsabilidade civil. O autor alerta que o conceito de ato ilícito é complexo e possui controvérsias, porém, todas as conceituações o ligam à ideia de culpa, pois esta é o elemento que compõe o ato ilícito. É o que prevê o art. 186, do Código Civil Brasileiro, uma vez que a culpa foi introduzida no dispositivo como pressuposto da responsabilidade subjetiva, porque é o elemento central do ato ilícito que lhe der causa. Pinto (2003), por sua vez, explica que o referido artigo consagrou de forma definitiva de que se não há dano, não há indenização, assim como admitiu que o ato ilícito pode ocasionar efeito puramente moral, o que encerrou a discussão acerca dessa matéria. O terceiro elemento apontado como pressuposto para que ocorra o dever de indenizar é o nexo de causalidade que se trata da relação entre o dano e a conduta que o causou. Conforme esclarece Glenda Gonçalves Gondim (2011, p. 471) "O terceiro elemento demonstra que o agente somente será responsabilizado pelo prejuízo causado ao indivíduo, quando a conduta culposa for a causa da lesão existente, devendo esta causa estar demonstrada e não apenas presumida". Assim, se o nexo causal não restar comprovado, não ocorrerá responsabilidade civil.

A realidade fática interfere nas decisões acerca do tema abordado pela pesquisa, tendo em vista que, conforme os dados estatísticos anteriormente apresentados, apesar de, atualmente, o Brasil possuir mais de 45.606.048 milhões de pessoas com alguma deficiência investigada pelo Censo Demográfico 2010, este número não representa a realidade de indivíduos habilitados para

ingressar no mercado de trabalho. Uma das circunstâncias que dificulta a contratação de PCD's ou reabilitadas restou demonstrada no gráfico 1, pois do total de pessoas com pelo menos alguma deficiência, apenas 24,9% estavam no grupo de pessoas economicamente ativas, com idades entre 15 a 64 anos, isto é, que poderiam estar inseridas no mercado de trabalho. Os idosos, com 65 anos ou mais de idade, representam o maior número de pessoas com deficiência, no percentual de 67,7%, em razão das complicações de saúde que surgem com a idade.

Outro fator importante que dificulta a inserção no mercado de trabalho é a escolaridade das pessoas com deficiência. A tabela 1 demonstrou que a 61,10% não possui instrução ou apenas o ensino fundamental incompleto, o que também ilustra que a inclusão no âmbito escolar é precária, e dificulta a formação de quem possui algum tipo de deficiência e, consequentemente, se torna um empecilho em muitos processos seletivos, visto que a escolaridade é requisito para a contratação em diversos cargos.

Todavia, apesar da dificuldade enfrentada pelas pessoas com deficiência, bem como pelas empresas, de acordo com a RAIS 2014, houve um aumento no percentual relativo à contratação de PCD's de 2012 a 2014, saindo de 0,70% para 0,77% vínculos empregatícios declarados como de pessoas com deficiência, representando, em 2014, 381,3 mil PCD's declarados. Contudo, este número representa uma parcela pequena se comparado ao número de vínculos de pessoas sem nenhuma deficiência, que, no mesmo ano, foi de 49.190.188,00. Um dos fatores que, de certa forma, justifica esta discrepância, está no fato de as pessoas com deficiência ainda auferirem salários inferiores se comparados aos das pessoas que não possuem nenhum tipo de deficiência. Conforme a RAIS 2014, a média dos salários dos empregados sem deficiência foi R$2.449,11, enquanto das pessoas com deficiência ou reabilitadas ficou em R$2.304,26. Não obstante, a tabela 3 apresenta a relação dos salários por gênero, de pessoas com ou sem deficiência, e demonstra que independentemente de haver ou não deficiência ou da espécie de deficiência, os homens percebem salários superiores às mulheres, ilustrando que, além do preconceito havido em relação aos PCD's, o gênero ainda influencia na remuneração.

No entanto, apesar de a inclusão ser um tema que merece atenção de toda a sociedade, no que tange ao cumprimento da Lei 8.213/91 por parte das organizações, algumas questões devem ser observadas pelo judiciário para determinar se a empresa deve ou não ser condenada pelo descumprimento das cotas, bem como para que reste caracterizado o dano moral coletivo e sua respectiva indenização.

Destarte, havendo omissão por parte da empresa para cumprir a cota estabelecida e comprovado o ato ilícito que gerou ofensa ao bem jurídico da coletividade, ocasionando lesão aos direitos difusos ou coletivos, é cabível a condenação à indenização por dano moral coletivo, como se observa no seguinte julgado:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. ADMISSIBILIDADE. COTA DESTINADA A DEFICIENTES E READAPTADOS PELO INSS. ART. 93 DA LEI 8.213/91. ALEGAÇÃO DE QUE O QUADRO FUNCIONAL COMPÕE-SE DE 85% LEITURISTAS DE MEDIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. A reclamada não pode se eximir do cumprimento de norma de caráter imperativo, que não diferencia o tipo de atividade exercida pelos empregados para o cumprimento da cota. Verifica-se, ainda, que o INSS disponibilizou uma lista com 100 empregados habilitados. No entanto, restou consignado em sede regional a contratação de apenas um portador de deficiência. Em tal contexto, não se justifica a omissão da reclamada em cumprir a cota estabelecida na legislação, uma vez que os empregados destinados à cota de deficientes e readaptados podem ser alocados, preferentemente, na área administrativa, não havendo impedimento ao cumprimento da legislação pelo só fato de a grande maioria de seus empregados trabalharem como leituristas de medidores de energia elétrica. Incólumes os dispositivos constitucionais e legais apontados. Agravo de instrumento a que se nega provimento [...] (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2016).

O Ministério Público do Trabalho, ao interpor Recurso de Revista, alegou que não restou suficientemente comprovado que a requerida efetivamente havia empenhado esforços suscetíveis ao cumprimento das cotas previstas no artigo 93 da Lei 8.213/91, sendo os anúncios de vagas em jornal insuficientes para comprovar tal afinco e para afastar a obrigação da demandada. Todavia, o recurso não foi conhecido nesse aspecto, tendo em vista que o TST não reanalisa fatos e provas.

O Tribunal Regional, por sua vez, indeferiu a aplicação de indenização, por entender que não houve omissão de forma deliberada por parte da reclamada, o que se confirmou com a documentação juntada pela ré.

Contudo, o dano moral coletivo se concretiza quando há ofensa na esfera extrapatrimonial de uma determinada coletividade, o que se viu na aludida demanda, após realização da realidade fática, sem ser considerada qualquer conduta culposa, por se tratar de proteção a valores fundamentais dos indivíduos ofendidos.

No caso do dano moral coletivo, o cômputo ocorre com a constatação do ato ilícito praticado pela empresa e da grande importância para a sociedade, sendo o dano *in reipsa*, ou seja, ele é presumido, posto que as pessoas com deficiência e os reabilitados da previdência não foram contratados, deixando de se inserirem ou reinserirem no mercado de trabalho. Com base no exposto, verificado o descumprimento da norma, com base na função social das organizações, na dignidade da pessoa humana e no incentivo ao trabalho humano despido de qualquer discriminação, o TST condenou a empresa à indenização por dano moral coletivo no valor de R$50.000,00, a ser revertido ao FAT, com o conhecimento e parcial provimento do Recurso de Revista (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2016).

Não o bastante, em recente julgamento do Recurso Ordinário nº 0000467-11.2013.5.04.0026, a 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região manteve a decisão do juízo de 1º Grau que condenou a empresa à indenização pelo dano moral coletivo causado, decorrente do descumprimento de cotas, conforme se verifica na ementa:

> INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. Ao ferir o interesse moral (extra patrimonial) de uma coletividade, resta caracterizado ato injusto com dano à esfera jurídica de proteção, no caso dos trabalhadores. Devida a indenização pelo dano coletivo causado (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO, 2016).

No julgado em análise, a empresa referiu que não poderia contratar PCD's ou reabilitados para a área operacional, visto que os locais de trabalho foram periciados e caracterizados como de grave e iminente risco, o que impossibilitaria alocar tais profissionais, uma vez que inexistem Equipamentos de Proteção Individual – EPI's específicos para PCD's e que não seria possível adaptar os já existentes. Além disso, alegou que empenhou esforços para a contratação de PCD's ou reabilitados, ao contratar uma empresa de consultoria específica, mas não logrou êxito. Na origem, o Juízo considerou que a alegação de impossibilidade em razão da atividade de risco não poderia prosperar, visto que a Petrobrás – contratante da reclamada – possui seu quadro de PCD's preenchido em funções idênticas às da reclamada. Isso ocorre, pois a lei não faz distinção acerca de qual área pode alocar um PCD ou reabilitado, devendo ser observado o ambiente de trabalho e adequá-lo para receber o profissional, e não o contrário. Ressaltou, ainda, que existem diversos tipos de deficiência, não apenas a motora, o que não justifica a alegação da empresa.

Além disso, o fato de ter contratado uma empresa de consultoria não é prova suficiente de que a empresa, efetivamente, recrutou PCD's para o preenchimento de vagas em seu quadro. Além disso, a sentença condenou a ré, a partir do trânsito em julgado, ao pagamento de multa diária pelo descumprimento no preenchimento das cotas, no importe de R$1.000,00 por vaga não preenchida. Foi determinado que o valor da multa fosse revertido ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD ou, caso extinto, em prol da União. O argumento que fundamentou tal decisão foi de que:

> A condenação ao pagamento dessa multa encontra no mundo jurídico pátrio perfeita sinonímia com as astreintes do direito francês, e se fundamenta, como aquelas, na necessidade de instrumentar o Estado-Juiz a fim de assegurar a eficácia de suas decisões. Assim, constitui pena com finalidade cominatória, possuindo como único objetivo o cumprimento da obrigação de fazer constante no comando sentencial (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO, 2016).

Partindo para a análise do dano moral coletivo, a reclamada aduziu que não deveria prosperar a condenação por dano moral coletivo, visto que a indenização pressupõe a mensuração de um indivíduo específico, seja pessoa jurídica ou natural, o que não se verificou nos autos. Argumentou sua boa-fé e trouxe novamente os fundamentos já expostos, requerendo sua absolvição ou diminuição no valor da condenação, pois o Juízo de primeiro grau condenou-a ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$80.000,00, a ser revertido em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD) e, na hipótese de extinção, em favor da União. Ao analisar esse aspecto, os desembargadores mencionaram o art. 5°, inciso X da CF/88, o qual assegura o direito à reparação pelo dano moral coletivo, como forma de cumprimento dos direitos fundamentais ali previstos.

Desta forma, tendo a reclamada ofendido o interesse extrapatrimonial desta coletividade, ficou comprovado que o ato injusto da reclamada causou danos aos trabalhadores, sendo devida a indenização pelo dano à esfera jurídica de proteção. O Tribunal em nada alterou a sentença e negou provimento ao recurso da reclamada, uma vez que a empresa cometeu um ato ilícito de causou danos à coletividade, ficando comprovada a existência do nexo causal entre o dano e a conduta.

Entretanto, em que pese a obrigatoriedade do cumprimento de cotas pelas empresas, conforme estabelecido pela Lei 8.213/91, os empreendedores podem ser eximidos de punição

através de multas e indenizações caso não contratem pessoas com deficiência e/ou reabilitados do INSS. Essa hipótese pode ser acolhida pelo fato de não encontrarem profissionais no mercado. Esse foi o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho em decisão publicada em 20 de maio do corrente ano, quando do julgamento dos Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista, processo nº 658200-89.2009.5.09.0670.

No caso em exame, a empresa foi absolvida da multa diária por descumprimento ao artigo 93 da Lei 8.213/91, assim como da indenização por dano moral coletivo, pois comprovou que, apesar do insucesso, empreendeu esforços para cumprir a cota legal, não podendo ser responsabilizada pelo não comparecimento de candidatos para o processo seletivo. Neste caso, o Ministério Público do Trabalho não comprovou discriminação, culpa, negligência ou omissão da reclamada, uma vez que buscou no mercado de trabalho e perante o SINE pessoas com deficiência e que pudessem ser contratadas para cumprir a determinação legal, como se expõe:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VAGAS DESTINADAS A PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. PREENCHIMENTO. ART. 93 DA LEI 8.213/91. MULTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. ABSOLVIÇÃO. PERSISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO LEGAL. 1. Conquanto seja ônus da empregadora cumprir a exigência prevista no art. 93 da Lei 8.213/91, ela não pode ser responsabilizada pelo insucesso, quando ficou comprovado que desenvolveu esforços para preencher a cota mínima, sendo indevida a multa bem como não havendo falar em dano moral coletivo. 2. A improcedência do pedido de condenação da ré ao pagamento de multa e de indenização por dano moral coletivo fundada no fato de a empresa haver empreendido esforços a fim de preencher o percentual legal de vagas previsto no art. 93 da Lei 8.213/91, não a exonera da obrigação de promover a admissão de pessoas portadoras de deficiência ou reabilitados, nos termos da lei. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá parcial provimento (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2016).

No aludido processo, a 7ª Turma deu provimento ao Recurso de Revista interposto pelo Ministério Público do Trabalho da 9ª Região para que a ré, no prazo de 3 meses, preenchesse a cota legal prevista para o seu quadro de funcionários, sob pena de multa de R$10.000,00 por empregado que faltasse para cumprir a cota. Ademais, fora condenada ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no valor de R$200.000,00. Todavia, houve divergência jurisprudencial conhecida no TST, visto que o entendimento deste é no sentido que, se a empresa comprovar nos autos que empenhou esforços para divulgar vagas e contratar pessoas com deficiência ou reabilitados da previdência, mesmo que sem êxito, ela não pode sofrer responsabilização pelo não comparecimento dos profissionais para o processo seletivo. Contudo, apesar de afastadas as condenações, a empresa não está exonerada da obrigação de cumprir as cotas previstas da Lei 8.213/91, pois juntamente com a Constituição Federal, a Lei de Cotas possui o condão de aumentar a participação de PCD's no mercado de trabalho e minimizar o preconceito.

Diante de tal decisão, percebe-se que, apesar do Ministério Público do Trabalho entender que a Lei de Cotas impõe a contratação de PCD's nos percentuais previstos no art. 93, o TST considera a existência ou não dos pressupostos da responsabilidade civil e das excludentes de ilicitude antes abordadas, bem como pondera a capacidade econômica do ofensor, o potencial ofensivo da conduta irregular e a extensão do dano coletivo causado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, apesar do número expressivo de PCD's ou reabilitados da Previdência, grande parcela das empresas não está cumprindo a legislação e contratando tais profissionais, conforme prevê a Lei 8.213/91. Por um lado, percebe-se que a dificuldade das empresas se deve ao fato de não encontrarem profissionais capacitados para as vagas existentes. Por outro, verifica-se que não há empenho em buscar PCD's ou reabilitados do INSS para cumprir sua função social, sendo insuficiente divulgar vagas de forma esparsa, apenas com o intuito de produzir provas em seu favor e justificar a escassez de profissionais capacitados no mercado. As empresas devem proporcionar capacitação para que os PCD's possam desempenhar suas funções em igualdade com os demais funcionários ou então recrutar profissionais que se enquadrem no perfil de cada vaga, adaptando o local de trabalho para que venha a desempenhar suas funções de forma produtiva e igualitária, não se tornando um profissional pseudo-inserido na empresa.

A pesquisa jurisprudencial realizada – em conjunto com os dados estatísticos apresentados – remonta à possibilidade quantitativa de preenchimento das cotas legais de PCD's. Entretanto, o entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho releva e pondera as questões fáticas de cada caso concreto para que se interpretem os pressupostos da responsabilidade civil do empregador e verifiquem-se presentes eventuais excludentes de ilicitude que absolvem o empreendedor do pagamento de indenização por dano moral coletivo. Desse modo, fica clara a posição firme do Judiciário no que toca à exigência de cumprimento dos mínimos legais quanto ao preenchimento de vagas para PCD's ou reabilitados da previdência social. Entretanto, a ampla gama de possibilidades quanto ao recrutamento de profissionais apresentada pelos dados estatísticos pesquisados remete à necessária ponderação de eventuais provas produzidas em sede de ações civis públicas que versam sobre a imputação de dano moral coletivo ao empregador que descumpre os preceitos legais aplicáveis sob tais aspectos.

REFERÊNCIAS

ABNT, 2004. Disponível em <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_imagens-filefield-description%5D_24.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2015.

A INCLUSÃO das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. Brasília: Secretaria de Inspeção do Trabalho, 2007.

AMARAL, Lígia Assumpção. **Pensar a diferença/deficiência**. Brasília: CORDE, 1994.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 2. ed. Brasília: CORDE, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, 1997.

BARTALOTTI, Cecília C. **Inclusão social das pessoas com deficiência**: utopia ou possibilidade?. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2010.

BRASIL. **Portaria nº 2.344, de 3 de novembro de 2010.**Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 nov. 2010. Seção 1, p. 4.

_____. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

_____. Presidência da República. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

_____. Presidência da República. **Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004**. Regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

_____. Presidência da República. **Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7853.htm>. Acesso em: 21 nov. 2015.

_____. Presidência da República. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 05 mar. 2016

_____. Presidência da República. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

_____. Presidência da República. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei 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: 21 nov. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Superior do Trabalho. **ARR - 619-44.2013.5.03.0137,** da 5ª Turma. Relator Ministro: Emmanoel Pereira. Julgado em 28/09/2016. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%20619-44.2013.5.03.0137&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAPdjAAT&dataPublicacao=07/10/2016&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 19 out. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **E-ED-RR - 658200-89.2009.5.09.0670,** da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Relator Ministro: João Batista Brito Pereira. Julgado em 12/05/2016. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-ED-RR%20-%20658200-89.2009.5.09.0670&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAQl8AAS&dataPublicacao=20/05/2016&localPublicacao=DEJT&query=>. Acesso em: 18 out. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. Vol. 5, p. 471 – 505, out/2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000157e228b09d212c5615&docguid=I353e6ac0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I353e6ac0f25111dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=94&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 out. 2016.

GUALBERTO FILHO, Antonio. Ergonomia e acessibilidade no ambiente de trabalho. In: MÁSCULO, Francisco Soares; VIDAL, Mario Cesar (Org).. **ERGONOMIA**: trabalho adequado e eficiente. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Censo Demográfico 2010:** Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2016.

LEMOS, Rafael Diogo Diógenes. Cotas trabalhistas para pessoas com deficiência - uma análise principiológica. **Revista de Direito do Trabalho**. V. 164, p. 65-84, jul./ago. 2015. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000001555601ee2683468d02&docguid=I08787070749811e59187010000000000&hitguid=I08787070749811e59187010000000000&spos=1&epos=1&td=9&context=69&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16 jun. 2016.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO – MTE. **Características do emprego formal -** Relação Anual de Informações Sociais – 2014. Disponível em:<http://acesso.mte.gov.br/data/files/FF8080814F4D225D014FB3757F852753/Caracter%C3%ADsticas%20do%20Emprego%20Formal%20segundo%20a%20Rela%C3%A7%C3%A3o%20Anual%20de%20Informa%C3%A7%C3%B5es%20Sociais%202014%2031082014.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos**: pessoais e materiais. 5. ed., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998

PASTORE, José. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência**. São Paulo: LTR, 2001.

PINTO, Eduardo Viana. **Responsabilidade civil**: de acordo com o novo código civil. Porto Alegre: Síntese, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **RO0000467-11.2013.5.04.0026,** da 1ª Turma. Relatora Desembargadora: Iris Lima de Moraes. Julgado em 28/09/2016. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/0000467-11-2013-5-04-0026-20160525.pdf>. Acesso em: 26 out. 2016.

ROSSETTO, Elizabeth; IACONO, Jane Peruzo; ZANETTI, Patrícia da Silva. Pessoa com deficiência: caracterização e formas de relacionamento. In: **Pessoa com deficiência: aspectos teóricos e práticos**. Cascavel: EDUNIOESTE, 2006.

ROSS; Ricardo Paulo. Educação e trabalho: a conquista da diversidade ante as políticas neoliberais. In: BIANCHETTI, Lucídio; FREIRE, Ida Mara (Org). **Um olhar sobre a diferença**: interação, trabalho e cidadania. 7. ed. Campinas: Papirus, 2006.

A PERCEPÇÃO DO EDUCANDO DO ENSINO SUPERIOR SOBRE O ESTÁGIO NÃO OBRIGATÓRIO À LUZ DA LEI 11.788/2008

Michele Viviane Felisberto Corrêa[1]
Emerson Tyrone Mattje[2]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem como objetivo principal examinar a sistemática do Estágio de Estudantes na modalidade não obrigatória na vigência da Lei n. 11.788, de 25 de setembro de 2008, por meio da análise dos aspectos legais que envolvem a relação de estágio, bem como através da percepção do educando do Ensino Superior — mais precisamente do Curso de Direto.

Busca-se inferir se o estágio em estudo está atingindo sua finalidade pedagógica, conforme propósito da Lei n. 11.788/2008. Além disso, cabe discorrer sobre a definição do termo "estágio" e seu objetivo legal; classificar as características e as partes que compõem o contrato de estágio; explicar o propósito do instituto em estudo e analisar as possibilidades de descaracterização nas relações de estágio, a fim de se chegar a uma possível conclusão acerca do tema em debate.

Valendo-se de referencial teórico e de coleta de dados obtidos por meio de pesquisa quali-quantitativa em forma de questionário. Cumpre esclarecer que, como resultado, foi proposta uma síntese que demostra as vantagens na realização de estágio que atenda às normas legais — tanto para a entidade concedente, Instituição de Ensino, e, principalmente, para o educando —, preconizando o objetivo legal de agregar ao conhecimento teórico adquirido em sala aula o conhecimento pragmático e preparar o educando para o futuro trabalho produtivo.

A SISTEMÁTICA DO CONTRATO DE ESTÁGIO

CONCEITO E OBJETIVO DO ESTÁGIO

A definição técnica dada à expressão "estágio" é única para todas as áreas do saber. Para Cesar Paulo Fulgencio esse vocábulo é o "conjunto das atividades de aprendizagem social, profissional e cultural, proporcionadas ao estudante pela participação em situações reais da vida e trabalho de seu meio", a ser realizado junto à parte cedente sob a responsabilidade e a coordenação da Instituição de Ensino (FULGENIO, 2007, p. 269).

A Constituição Federal de 1988, por meio de seu artigo 205, prevê o incentivo e o objetivo do jovem à profissionalização, o que corresponde ao estágio, conforme transcrito a seguir:

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: correa.michele@gmail.com.
[2] Doutor em Diversidade Cultural e Inclusão Social pela Universidade Feevale. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: mattje@feevale.br.

> Art. 205 A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Já a Lei 11.788/2008 traz a definição legislativa sobre o estágio de estudantes, assim conceituando-o:

> Art.1º Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

A doutrina complementa essa conceituação legislativa sobre estágio de estudantes, como sendo um "procedimento formativo, de cunho didático-pedagógico e articulado, segundo projeto de planejamento institucional, que visa a permitir ao estudante complementar a sua formação e compreender na prática os ensinamentos teóricos recebidos" (JORGE NETO, 2011, p. 398).

Sobre o tema, existem três atos relevantes para a conceituação de estágio, que estão elencados no artigo anteriormente citado, quais sejam: ato educativo, ato escolar e ato supervisionado. O estágio não é ato profissional e sim educativo e escolar, em que é obrigatória a participação atuante da Instituição de Ensino no processo de estágio, e, por fim, é ato supervisionado no qual o estagiário deverá ser assistido por um supervisor qualificado que irá auxiliá-lo e moldá-lo, gradualmente, por meio da prática, capacitando-o para uma profissionalização futura mais efetiva.

Quanto ao objetivo do estágio de estudantes, há três pilares que estão interligados à definição dicionarizada da expressão estágio, que são a prática, a habilitação e a profissão. Assim, por meio da prática, o educando adquire capacidade para agir com proficiência na profissão para o qual está se preparando academicamente, razão pela qual o estágio se apresenta como um complemento indispensável a qualquer tipo de habilitação profissional.

Os efeitos positivos do estágio refletem não só na vida acadêmica e profissional do educando, como também na sociedade, a qual se destinam os estagiários egressos das instituições de ensino. Para a Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, "o estágio representa para o aluno uma oportunidade de verificar o acerto de sua escolha profissional, já que é o momento em que a situação ensino-aprendizagem se realiza em toda a sua plenitude" (SÃO PAULO, apud RIBEIRO, 2012, p. 125).

Merece destaque ao tema, as inferências do inspirador da revolução educacional do século XX, John Dewey, que entende que só sabe quem faz e que educar-se é a necessária integração entre a maturidade existencial promovida pelo estágio, uma vez que esse percurso traz riqueza comportamental e, principalmente, a indiscutível cultura do saber acadêmico (DEWEY, apud NATHANAEL, 2006, p. 130).

AS CARACETRÍSTICAS E AS PARTES QUE COMPÕEM O CONTRATO DE ESTÁGIO

Iniciamos pelas características do contrato de estágio, que segundo Sérgio Pinto Martins, tem por atributo ser: solene, oneroso, de trato sucessivo, de pacto acessório, de atividade, pessoal ou *intuito personae*, com *animus contrahendi*, subordinativo e tripartite (MARTINS, 2015, p. 17).

É solene pois exige uma formalidade a ser observada e seguida de acordo com os moldes da Lei n. 11.788/2008, ou seja, ele deverá ser realizado somente por escrito, confeccionado por meio do termo de compromisso, também denominado como contrato de estágio, a ser firmado entre o educando, a parte cedente e a instituição de ensino.

Possui característica onerosa o estágio não obrigatório, uma vez que há a obrigatoriedade da parte cedente na concessão da bolsa de complementação educacional ou outra forma de contraprestação, conforme se depreende a primeira parte do *caput* do art. 12 da Lei n. 11.788/2008.

Quanto à característica denominada como trato sucessivo, trata-se de prestações periódicas a serem cumpridas pelo estagiário, como, por exemplo, de frequentar uma instituição de ensino e de desenvolver as atividades de estágio de forma continua.

Acerca da característica de pacto acessório, é a necessidade da existência do contrato principal, que é o acordo da cooperação entre a unidade concedente e a instituição de ensino. O contrato em questão também é um contrato de atividade, posto que sua proposta é o aprendizado de competências próprias da atividade profissional escolhida pelo educando e a contextualização curricular desse, segundo entendimento de Sérgio Pinto Martins (MARTINS, 2015, p. 18).

Referente à característica pessoal ou *intuitu personae* corresponde a pessoa do estudante, ou seja, não poderá ser celebrada por outra pessoa que não esteja nessa condição, como prevê a segunda parte do *caput* do art. 1º da Lei n. 11.788/2008.

Quanto à característica de *animus contrahendi*, refere que o estágio, em regra, é facultativo cabendo ao estudante optar pela sua realização, sendo este denominado de estágio não obrigatório, já os casos obrigatórios são aplicados em determinados cursos, previsto na grade curricular para a conclusão do curso, classificado como estágio obrigatório.

O contrato de estágio possui também como atribuição a subordinação, haja vista a decorrência da dependência hierárquica existente entre o estagiário e os demais sujeitos que integram a relação de estágio.

A última característica a ser abordada é a relação tripartite, também denominada de triangular ou trilateral, ou seja, cada vértice é composto por um sujeito, sendo a instituição de ensino, entidade concedente e educando, os quais demandam obrigações legais recíprocas.

Como visto acima, as partes que compõem o contrato em estudo são: parte concedente, instituição de ensino e estagiário. A primeira parte mencionada é quem concede o estágio e cumpre com as obrigações referentes ao contrato entabulado. Entretanto, não é necessariamente o local onde se executa as atividades de estágio.

Nota-se que a parte concedente, segundo o artigo 9º da lei n. 11.788/2008, deve abranger somente as pessoas jurídicas de direito privado, órgãos da administração pública direta, autárquica e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em princípio, as pessoas físicas não estão autorizadas a concederem estágio, salvo os profissionais liberais de ensino superior, desde que devidamente registrados em seus respectivos conselhos de fiscalização profissional.

A segunda parte que integra a relação jurídica do contrato de estágio é o educando, devendo ser estudante devidamente matriculado. Todavia, a simples matricula não é suficiente, sendo indispensável que ele esteja efetivamente frequentando o curso, em instituição de ensino público ou particular.

A terceira parte obrigatória no contrato de estágio é a instituição de ensino, que de acordo com a nova lei deixou de ser parte interveniente para ser parte atuante nas relações de estágio. A sua função é de supervisionar a relação jurídica entre a parte concedente e o estagiário, bem como orientar este a fim de evitar que ocorra o desvirtuamento do estágio.

Existe também o quarto elemento de natureza facultativa que poderá vir a integrar a relação jurídica de estágio, o agente ou auxiliar de integração, previsto originariamente no art. 7° do Decreto 87.497/1982, texto que regulamentava a revogada Lei 6.494/1977 e que, atualmente, tem previsão legal no *caput* do art. 5° da Lei 11.788/2008.

ANÁLISE DO CONTRATO DE ESTÁGIO À LUZ DA LEI N. 11.788/2008

O PRÓPOSITO DA NOVA LEI DO ESTÁGIO N. 11.788/2008

Devido à necessidade de evitar fraudes nos contratos de estágio, foi sancionada a Lei n. 11.788, de 25 de setembro de 2008, denominada como a "Nova Lei de Estágio", passando a ser a norma basilar que regulamenta o estágio de estudantes de forma centralizada, alterando o art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho, revogando expressamente as Leis n. 6.494/77, 8.859/94, o parágrafo único do artigo 82 da Lei n. 9.394/96 e o artigo 6° da Medida Provisória n. 2.164-41/2001.

O primeiro aspecto em termos de novas atribuições trazidas pela nova Lei de Estágio, está o reforço à exigência de acompanhamento das atividades de estágio e desempenho do educando pela instituição de ensino e pela parte concedente de acordo com a previsão legal imposta pelo art. 7°, IV e art. 9°, VI, Lei n. 11.788/2008, bem como acentuou, ainda mais, o caráter educativo no contrato de estágio.

O segundo aspecto é sobre o lapso temporal para utilização do estágio, conforme dispõe o art. 10 da Lei n. 11.788/2008, onde deverão ser observados os limites de quatro (04) horas diárias e 20 (vinte) horas semanais, a serem aplicados aos estudantes de Educação Especial e dos anos finais do Ensino Fundamental, na modalidade Profissional de Educação de Jovens e Adultos. Já aos estudantes do Ensino Superior, da Educação Profissional de Ensino Médio e do Ensino Médio Regular não podem ultrapassar a carga horária diária de seis horas e de 30 horas semanais, salvo os casos previstos no § 1° do dispositivo mencionado (BRASIL, 2008).

Ressalta-se, ainda, que quando a instituição de ensino realizar verificações de aprendizagem em forma de avaliação, deverá estar estipulado no termo de compromisso, carga horária reduzida, pelo menos à metade da jornada de estágio (BRASIL, 2008).

Quanto aos demais limites temporais, prevê o art. 13 e seus respectivos parágrafos que o estagiário não obrigatório tem direito ao recesso anual, semelhante ao descanso anual renumerado aos empregados - mais conhecido como férias - de no máximo 30 (trinta) dias, quando o estágio tiver duração igual ou superior a um (01) ano, ou proporcional ao período estagiado, que poderá ser disponibilizado, preferencialmente, durante as férias escolares ou acadêmicas, correspondendo, assim, a mera paralisação das atividades.

Ainda a respeito dos limites temporais foi vedada a duração superior a dois (02) anos com relação ao estágio praticado na mesma entidade concedente, isso para que não houvesse a substituição indevida de mão de obra efetiva.

No terceiro aspecto, está o art. 12 da Lei n. 11.788/2008, que concedeu mais dois direitos obrigatórios aos estagiários, sendo a bolsa de complementação de estudo ou outra forma de contraprestação e o auxílio-transporte, ambos para modalidade não obrigatória. Pontua-se que, em relação à outra forma de contraprestação, não precisa ser necessariamente em forma de pecúnia, porém esta flexibilização não foi especificada em lei.

O quarto aspecto, quanto à nova redação dada à Lei do Estágio, foi inserido através do art. 14 que aborda a proteção à saúde e à segurança no trabalho, sendo de total responsabilidade e de implementação por parte da entidade concedente. Tal proteção está relacionada nos artigos 154 a 201 da CLT, bem como na Portaria n. 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Normas Regulamentadoras (NR).

O quinto aspecto veio para estancar a contratação de estagiários, desmesuradamente, fixando-se percentuais máximos de estagiário em relação ao quadro de pessoal (conjunto de trabalhadores empregados existentes na entidade concedente). A proporcionalidade está prevista no art. 17 e seus respectivos incisos da Lei n. 11.788/2008, porém não se aplica o cálculo dessa tabela aos estágios de Ensino Superior e de Ensino Médio Profissional de acordo com o § 4º do art. 17 da Lei 11.788/2008.

Já o sexto aspecto é acerca da possibilidade dos estudantes estrangeiros realizarem estágio remunerado em território brasileiro, desde que observados essencialmente os requisitos propostos através do art. 4º da indigitada lei e a Resolução Normativa n. 111/2014 e 115/2014 (BRASIL, 2008)

O sétimo aspecto é sobre o seguro contra acidentes pessoais, um direito obrigatório, também previsto na antiga Lei do Estágio. O referido seguro tem a finalidade de cobrir acidentes pessoais com resultado morte ou invalidez permanente, que possam vir a ocorrer com o educando no período de duração do estágio, desde que ocorrido em solo nacional.

Já o oitavo e último aspecto obrigatório sobre o propósito da Lei n. 11.788/2008 trata da fixação dos requisitos legais, previstos no art. 3º da Lei n. 11.788/2008, sendo que os incisos I e II do referido dispositivo se referem aos requisitos formais, para validação do contrato de estágio, já proposta pela antiga lei.

Onde deverá estar expresso no contrato de estágio não obrigatório: plano de atividades, data de vigência do estágio, jornada de atividades diárias e semanais, período de recesso, valor da bolsa-auxílio ou outra forma de contraprestação, bem como o valor do auxílio-transporte, número da apólice e o nome da companhia de seguro na qual o estagiário está assegurado; e, por fim, a

descrição da concessão de benefícios facultativos, caso haja, e os possíveis motivos de rescisão contratual, sendo atos que complementam os requisitos formais.

No tocante à análise dos requisitos materiais, esses visam a assegurar o efetivo cumprimento dos fins sociais do contrato, ou seja, atingir seu objetivo educacional, propiciando o melhor cumprimento do contrato. Assim, o requisito em comento de acordo com o art. 3º, inciso III e § 1º da Lei n. 11.788/2008 é referente à harmonia e à compatibilidade entre as atividades desenvolvidas no estágio e aquelas previstas no TCE e ao acompanhamento efetivo do professor orientador da instituição de ensino, bem como do supervisor da parte cedente responsável pelo estagiário, por meio da realização de relatório de atividades de forma periódica.

Por derradeiro, com o advento da Lei n. 11.788/2008, houve uma expansão quanto aos direitos dos estagiários, conforme verificado ao longo desta seção. Assim, observa-se que o estágio de estudantes comporta direitos obrigatórios e específicos previstos em lei, todavia caso comparados aos direitos trabalhistas é possível perceber que ainda são parcos diante da referida legislação.

DESCARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE ESTÁGIO

Em princípio, o estágio obrigatório e não obrigatório não gera nenhum tipo de vínculo empregatício de qualquer natureza jurídica entre a parte cedente e o estagiário, conforme art. 3º, *caput,* Lei n. 11.788/2008, salvo nos casos descritos abaixo.

Passa-se para análise das possibilidades que poderão ensejar o desvirtuamento do contrato de estágio. Como visto, o estágio de estudante possui como finalidade atingir seu caráter pedagógico, mas, para isso, é preciso observar os requisitos legais, bem como se deve observar as cláusulas contidas no termo de compromisso — caso contrário, estamos diante da descaracterização do referido instituto, conforme reza o § 2º, art. 3º da Lei n. 11.788/2008.

Cabe mencionar, que se retira a validade do estágio que não for celebrado mediante termo de compromisso, ou seja, se não há o referido termo, consequentemente, não há contrato de estágio. Entretanto, o simples fato de existir o termo de compromisso não o torna necessariamente válido, vez que os requisitos arrolados nos incisos do artigo supracitado precisam estar, cumulativamente, presentes para que não ocorra a descaracterização do estágio.

Sobre as possibilidades que ensejam o desvirtuamento do estágio, destacam-se os casos de jornada de atividades que ultrapassam os limites impostos no art. 10 da Lei n. 11.788/2008, ou seja, horas extras; a não observância das normas que regulamentam as questões que envolvam a saúde e a segurança no trabalho; a falta de concessão de recesso remunerado e nos demais casos de não observância das cláusulas pactuadas entres as partes no TCE e/ou não cumprimento de garantias impostas pela nova Lei do Estágio.

A descaracterização em questão também poderá ocorrer nos casos de ausência da instituição de ensino na celebração do contrato de estágio, além de acarretar a nulidade contratual, implicará, ainda, a transformação do estágio em relação empregatícia, haja vista que deixará de ser uma relação tripartite para se tornar uma relação bilateral. Ocorre, também a descaracterização,

nos casos em que o agente de integração encaminhar o educando para a realização de estágio com atividades incompatíveis ao curso em que está matriculado**.**

Faz-se necessário mencionar que a concessão de eventuais benefícios relacionados à alimentação, à saúde, à verba de participação de lucros, dentre outros benefícios, não caracteriza vínculo empregatício, conforme prevê o dispositivo legal art. 12, § 1°, Lei n. 11.788/2008.

Para que ocorra o reconhecimento do vínculo empregatício é preciso ocorrer primeiramente a descaraterização do vínculo de estágio. Todavia, junto com as possibilidades ensejadoras do desvirtuamento do contrato, conforme descritas acima, sendo necessário também estarem presentes os demais requisitos elencados no artigo 3° da CLT, que assim aduz: "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

Já, quanto aos efeitos jurídicos, constatados nos casos de fraude ao contrato de estágio, ocorrerá a descaracterização do vínculo de estágio acarretando, consequentemente, vínculo empregatício e devendo ser reconhecidas todas as verbas trabalhistas e previdenciárias de um empregado comum, correspondendo ao período em que o educando prestou serviços como "falso estagiário", tais como, anotação na CTPS, recolhimento das contribuições previdenciárias na qualidade de segurado obrigatório na categoria de empregado de acordo com o art. 9°, I, "h", Regulamento da Previdência Social[3], bem como será devido gratificação natalina, um terço das férias e aviso prévio.

Por fim, quando constatado a descaraterização do indigitado contrato o prejuízo será, não somente do educando, mas também ao sistema previdenciário que deixará de arrecadar o benefício e, principalmente, da sociedade que deixará de receber um profissional mais preparado e qualificado.

MÉTODOS DE PESQUISA

O objetivo da pesquisa foi exploratória e explicativa, com a utilização dos procedimentos de pesquisa bibliográfica e estudo de caso, respectivamente. A metodologia adotada, se deu através de estudo de caso, pois advém da necessidade de verificar a aplicabilidade da Lei n. 11.788/2008 através da percepção do educando, a fim de analisar se o estágio desenvolvido por esse educando atinge a finalidade prevista em lei, ou seja, se atinge a finalidade pedagógica.

Aplicou-se, também, o método de abordagem quali-quantitativo. Ainda, utilizou-se como método de abordagem o indutivo, ou seja, de investigação científica onde raciocínio vai do particular para o geral. Cabe ressaltar, que a pesquisa bibliográfica será a principal fonte para comparar com os resultados obtidos através do estudo de caso.

O universo desta pesquisa foi composto por uma lista atualizada, pelo setor de registro de uma Instituição de Ensino, localizada na região metropolitana de Porto Alegre, RS, em que

[3] "Art. 9. São assegurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:
I. como empregado:
[...]
h) o bolsista e o estagiário que prestam serviços a empresas, em desacordo com a Lei n. 11.788, de 25 de setembro de 2008."

constavam, até o dia cinco de setembro de 2016, 257 (duzentos e cinquenta e sete) alunos do curso de Direito do 1º ao 10º semestre, regularmente matriculados no segundo semestre do ano de 2016 e que, consequentemente, estavam realizando estágio não obrigatório no referido período.

Os alunos/estagiários que estavam com o contrato de estágio em trâmite para celebração ou renovação, bem como aqueles que estavam com documento pendente de entrega quanto ao estágio, não puderam participar da pesquisa.

Quanto ao tipo de amostragem, foi caracterizada como não probabilística por conveniência, onde os indivíduos foram convidados a participarem por meio de um link de acesso, disparado via e-mail pelo Centro de Pesquisa e Planejamento da Feevale (CPP), que os direcionavam ao "grupo partícipe". A referida amostra foi composta por 130 (cento e trinta) respondentes.

O instrumento utilizado para a coleta de dados foi o questionário, composto por perguntas fechadas e abertas, na modalidade anônima e confidencial, a fim de proporcionar maior liberdade e segurança aos participantes — tendo sido disponibilizado entre os dias 12 de setembro a 21 de outubro de 2016.

A coleta de dados foi realizada pelo Centro de Pesquisa e Planejamento (CPP) da Universidade Feevale da cidade de Novo Hamburgo/RS. A pesquisa em destaque não se apresenta com dados estatísticos, tendo em conta que o procedimento de seleção não foi direcionado de forma aleatória, o que não torna o resultado inválido.

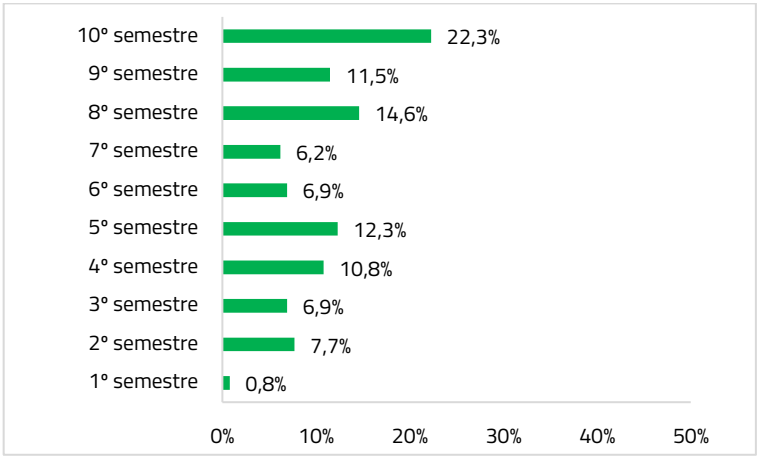
RESULTADOS E DISCUSSÕES

O propósito na "Nova Lei de Estágio" é proporcionar ao educando ensino prático e capacitação profissional futura adequada e direcionada. No entanto, somente a análise bibliográfica não é suficiente para depreender se esses objetivos, têm sido alcançados de forma satisfatória. Nesse sentido, há necessidade de verificar a forma como as atividades de estágio, na prática, vêm sendo desenvolvidas, bem como analisar a realidade e entender a percepção dos educandos diante do estágio não obrigatório, à luz da Lei n. 11.788/2008.

Frisa-se que, sendo este um estudo de caso, as análises desenvolvidas durante a pesquisa não podem ser vistas sob um prisma universal. Portanto, devem ser compreendidas dentro do contexto em que se apresentam, pois o enfoque da pesquisa foi específico.

A primeira percepção frente à pesquisa realizada está relacionada ao perfil do público-alvo participante (Gráfico 1), sendo que, dos 130 educandos em estágio não obrigatório, 22,3% (29 estagiários) estão no 10º semestre, 11,5% (15 estagiários) no 9º semestre, 14,6% (19 estagiários) no 8º semestre, 6,2% (8 estagiários) no 7º semestre, 6,9% (9 estagiários) no 6º semestre, 12,3% (16 estagiários) no 5º semestre, 10,8% (14 estagiários) no 4º semestre, 6,9% (9 estagiários) no 3º semestre, 7,7% (10 estagiários) no 2º semestre e 0,8% (1 estagiário) no 1º semestre.

Gráfico 1 – Semestralidade



Fonte: Elaborado pelos autores, 2016

Constatou-se que há uma concentração maior de respondentes que estão, respectivamente, nos 10º, 8º, 5º e 9º semestres (Gráfico 1). Pode-se justificar tal percentual devido à necessidade do aluno querer consolidar, na prática, os ensinamentos teóricos do curso.

A segunda pergunta do questionário – Você, estudante estagiário, realiza estágio não obrigatório em? – conforme Tabela 1, possibilita, assim, descobrir qual a natureza jurídica da parte concedente de estágio, mostrando o perfil dos participantes.

Tabela 1 – Órgão da Administração Pública - Especificar qual órgão

	Freq.	%
Tribunal de Justiça	25	26,3%
MPE	15	15,8%
DPE	14	14,7%
JF	9	9,5%
Prefeitura Municipal	8	8,4%
INSS	6	6,3%
Câmara Municipal	5	5,3%
Delegacia de Polícia	3	3,2%
PGE	3	3,2%
Caixa Econômica Federal	2	2,1%
Justiça do Trabalho	1	1,1%
Procon	1	1,1%
Secretária de Educação	1	1,1%
AGU	1	1,1%
TER	1	1,1%
TOTAL	**95**	**100%**

Esta questão tem um filtro "Você, estudante estagiário, realiza estágio não obrigatório em = Órgão da Administração Pública."

Fonte: Elaborada pela autora, 2016

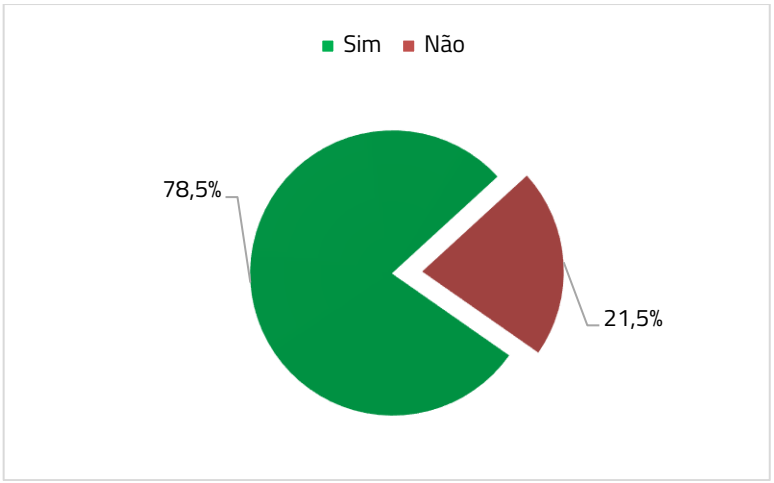
Constatou-se que 25 respondentes são contratados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 15 pelo Ministério Público Estadual, 14 pela Defensoria Pública do Estado, 9 pela Justiça Federal, 8 pelas Prefeituras Municipais que compõe o nosso estado, 6 pelo INSS, 5 pelas Câmaras Municipais, 3 pela Delegacia de Polícia, 3 pela Procuradoria Geral do Estado, 2 pela Caixa

Econômica Federal, 1 pela Justiça do Trabalho, 1 pelo PROCON, 1 pela Secretária da Educação, 1 pela Advocacia Geral da União e 1 pelo Tribunal Regional Eleitoral, totalizando 95 estagiários em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta. Já os demais, 35 estagiários, correspondem a contratações feitas por escritórios de advocacia e em setores jurídicos de empresas privadas.

Nota-se que os órgãos da administração pública mencionados oportunizam mais vagas de estágio do que o setor privado. Isso decorre, provavelmente, devido a defasagem econômica que se encontram, atualmente, o Rio Grande do Sul e o País, sendo mais vantajoso para cofres públicos contratarem estudantes para realizarem estagiário, em vez de empossarem os concursados.

O terceiro questionamento é o seguinte: – Você, estagiário, tem conhecimento acerca da Lei do Estágio (Lei n. 11.788/2008)? – (Gráfico 2), cujo objetivo é analisar se o estagiário, na sua percepção, tem conhecimento do instituto em tela.

Gráfico 2 – Conhecimento acerca da Lei nº 11.788/2008



Fonte: Elaborado pelos autores, 2016

Nota-se que, dos 130 respondentes, 78,5% afirmou ter conhecimento e apenas 21,5% não tem conhecimento da Lei do Estágio. Verifica-se, portanto, que a grande maioria dos participantes tem conhecimento sobre a legislação em pauta (Gráfico 2). Há grande chance de o presente resultado estar interligado ao fato de o estudante de Direito estar diretamente em contato com legislações, o que poderia despertar o interesse em conhecê-la.

A Lei n. 6.494/1977, que vigorou por 31 anos e regulou as relações de estágio nesse período, deixava lacunas para que ocorresse o desvirtuamento do contrato de estágio e, consequentemente, levando o estagiário a um subemprego aberto e disfarçado (SANTOS, 2006, p. 120). Assim, devido à necessidade de evitar fraudes nos contratos de estágio, foi sancionada a Lei n. 11.788/2008, passando a ser a norma basilar que regulamenta o estágio de estudante de forma centralizada nos dias atuais.

A quarta verificação foi feita mediante a seguinte pergunta – Você, estagiário (a), possui conhecimento acerca dos seus direitos obrigatórios? – conforme Tabela 2, cujo objetivo é analisar se o estagiário, na sua percepção, tem conhecimentos sobre os direitos obrigatórios previstos na Lei n. 11.788/2008.

Tabela 2 – Possui conhecimento acerca dos seus direitos obrigatórios

	Freq.	%
Sim	96	73,9%
Não	34	26,2%
TOTAL	**130**	**100%**

Fonte: Elaborada pela autora, 2016

Verifica-se que 73,9% (96 educandos) dos pesquisados respondeu que sim e 26,9% (34 educandos) respondeu que não, o que demostra que os estagiários têm conhecimento sobre Lei n. 11.788/2008.

A Lei n. 11.788/2008 trouxe mudanças e inseriu novos dispositivos para a relação jurídica de estágio, definindo direitos e deveres às partes que compõem a referida relação, bem como parâmetros quanto à contratação e confecção do contrato de estágio, elencando novas atribuições. Nesse sentido, surgiram alguns direitos obrigatórios em relação aos educandos que fazem estágio não obrigatório, como bolsa auxílio ou outra forma de contraprestação, auxílio-transporte e seguro de vida contra acidentes pessoais, dentre outros direitos, sobre os quais discorreu-se ao longo do trabalho, na seção secundária 2.2.

A quinta constatação se refere à seguinte pergunta: – Teve dúvida (s) quanto a seus direitos e deveres? – (Tabela 3), sendo que a questão está correlacionada aos propósitos da nova Lei do Estágio.

Tabela 3 – Teve dúvida(s) quanto aos seus direitos e deveres

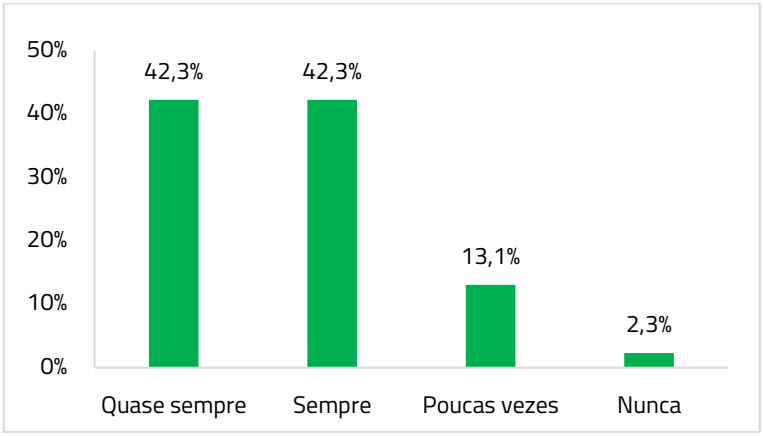
	Freq.	%
Não	76	58,5%
Sim	53	40,8%
Não informou	1	0,8%
TOTAL	**130**	**100%**

Fonte: Elaborada pela autora, 2016

Percebe-se que, dos 130 respondentes, 76 afirmaram que não tiveram dúvidas acerca de seus direitos e deveres, já 53 responderam que, em algum momento do estágio, tiveram dúvidas. Analisando tal percentual, nota-se que mesmo os educandos tendo conhecimento sobre o instituto em estudo, uma grande parcela ainda possui dúvidas em relação aos direitos e deveres.

A sexta constatação é sobre o seguinte questionamento: – Você, estagiário, consegue aplicar os conhecimentos teóricos, adquiridos em sala de aula, em suas atividades durante a prática do estágio? – (Gráfico 3). Essa pergunta busca verificar se a finalidade pedagógica do estágio está sendo aplicada na prática, ou seja, se os conhecimentos que adquire visam a preparação do educando para o trabalho profissional futuro de acordo com o *caput* do art. 1º da Lei n. 11.788/2008.

Gráfico 3 – Consegue aplicar os conhecimentos teóricos



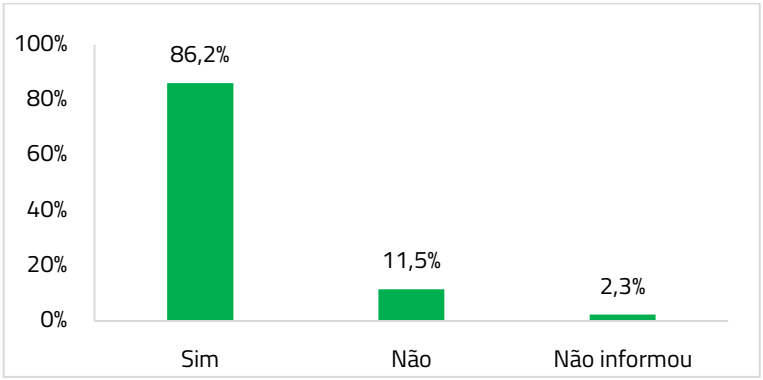
Fonte: Elaborado pelos autores, 2016

Assim, percebe-se que 42,3% dos respondentes afirmou que os conhecimentos teóricos adquiridos em sala de aula foram quase sempre aplicados na prática. Outros 42,3% responderam que tais conhecimentos sempre foram aplicados, já 13,1% entendeu que foram aplicados poucas vezes e, por fim, 2,3% afirmou que os conhecimentos teóricos nunca foram aplicados. Nesse passo, percebe-se que a Lei n. 11.788/2008 vem sendo aplicada de forma correta, no que tange a amostra da pesquisa, observada pela percepção do próprio educando.

A recomendação n. 117 da Organização Internacional do Trabalho postula que *"la formación constituye un todo cuyos diversos elementos no pueden ser dissociados"* (OIT, 1962). Nesse sentido, a recomendação retro alerta para necessidade de correlação entre teoria e prática, isto é, a atividade realizada no estágio deve estar relacionada com o conteúdo proposto pela Instituição de Ensino em sua grade curricular.

A sétima constatação está relacionada ao seguinte questionamento: – As atividades realizadas são de acordo com o previsto no contrato de estágio (TCE)? – (Gráfico 4), cujo objetivo é verificar se as atividades desenvolvidas no ambiente de estágio são compatíveis com as descritas no termo de compromisso, sendo esse requisito material de acordo com art. 3º, inciso III, da lei n. 11.788/2008.

Gráfico 4 – Atividades são de acordo com o previsto no contrato



Fonte: Elaborado pelos autores, 2016

Verifica-se que a maioria das respostas, um percentual de 86,2%, respondeu que as atividades estão de acordo com o contrato; já 11,5% respondeu que as atividades não são compatíveis e 2,3% não informou. Nota-se que a maioria das atividades desempenhadas pelo

educando em seu ambiente de estágio está de acordo com o contrato entabulado entre as partes. Assim, observa-se por meio dessa amostragem, que o cumprimento do requisito material de maior relevância para a realização do estágio vem sendo desempenhado, mostrando que as partes cedentes estão observando a Lei n. 11.788/2008 com mais cautela e rigor, fazendo com que o estágio atinja seu propósito. Sendo o requisito da compatibilidade que visa evitar o abuso de desconexão entre a formação teórica e prática.

Como visto, o estágio de estudante tem como finalidade atingir seu caráter pedagógico, mas, para isso, é preciso observar os requisitos legais, bem como as cláusulas que há no termo de compromisso. Caso as atividades realizadas pelo estagiário sejam incompatíveis com as descritas no contrato, está-se diante de seu desvirtuamento; descumprindo, assim, um dos requisitos materiais de validade do contrato em questão, conforme previsto no art. 3º, III, Lei n. 11.788/2008. Todavia, cabe enfatizar que as jurisprudências se posicionam no sentido de que as atividades não expressas no TCE, desde que executadas de forma eventual e inerente a suas atividades, não descaracteriza o vínculo de estágio.

A oitava constatação corresponde à pergunta acima de natureza fechada, com múltiplas alternativas. Os pesquisados que responderam que as atividades desenvolvidas no estágio não eram compatíveis com as descritas no termo de compromisso de estágio, puderam optar em justificar sua resposta (Gráfico 4, Tabela 4).

Tabela 4 – Não - Justifique sua resposta

	Freq.	%
Atividades que não condiz com o cargo	11,5%	73,3%
Trabalho acima da carga horária	2	13,3%
Me passam menos atividades por estar para sair	1	6,7%
Não informou	1	6,7%
TOTAL	**15**	**100%**

Esta questão tem um filtro: "atividades realizadas são de acordo com o previsto no contrato= Não."

Fonte: Elaborada pela autora, 2016

Constatou-se que, dos 11,5% que respondeu que as atividades não eram compatíveis com as contidas no contrato de estágio, 73,3% informaram que as atividades não condiziam com o cargo, já 13,3% afirmou que a realização das atividades de estágio ultrapassava a jornada máxima permitida por lei. Ainda 6,7% respondeu que, quando próximo ao término do contrato, lhe foram repassadas menos atividades. Nota-se que, mesmo com o advento da Lei 11.788/2008, embora a incidência seja pequena, ainda há situações de descaraterização da relação do estágio.

A nona constatação diz respeito ao seguinte questionamento: – Suas atividades de estágio passam por supervisão? – (Tabela 5), refere-se ao requisito material com previsão legal no §1º art. 3º da Lei n. 11.788/2008, que aduz que as atividades de estágio devem ser supervisionadas pelo supervisor de estágio.

Tabela 5 – Faz estágio não obrigatório em x Suas atividades de estágio passam por supervisão

	Sempre	Quase sempre	Poucas vezes	Não informou	Nunca	**TOTAL**
Órgão da Administração Pública	73,3% (63)	76,5% (26)	62,5% (5)	0,0% (0)	100% (1)	**73,1% (95)**
Escritório de Advocacia	17,4% (15)	17,7% (6)	25,0% (2)	100% (1)	0,0% (0)	**18,5% (24)**
Empresa privada - Setor jurídico	9,3% (8)	5,9% (2)	12,5% (1)	0,0% (0)	0,0% (0)	**8,5% (11)**
TOTAL	**100% (86)**	**100% (34)**	**100% (8)**	**100% (1)**	**100% (1)**	**100% (130)**

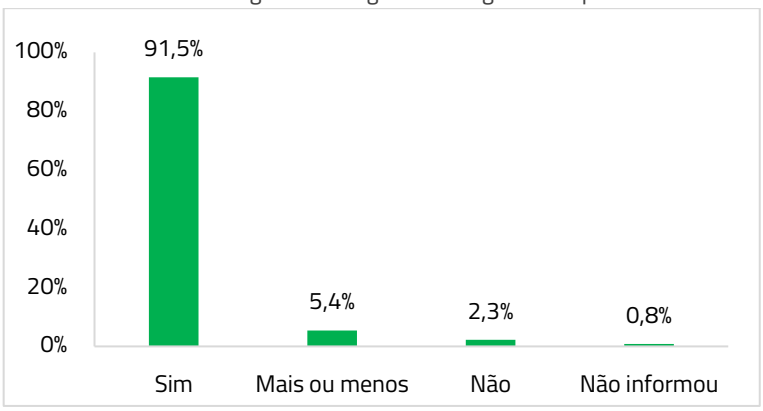
Fonte: Elaborada pela autora, 2016

Constatou-se que, 86 participantes responderam que as atividades de estágio sempre passavam por supervisão pela pessoa designada para tal função, 34 respondentes responderam que case sempre, oito (08) estagiários responderam poucas vezes, um (01) não soube informar e um (01) educando respondeu nunca. Assim, observa-se que a supervisão das atividades, realizadas por um supervisor qualificado no ambiente de estágio é satisfatória em todas as entidades concedentes citadas na pesquisa, o que quer dizer que, as referidas entidades, estão observando com maior rigor a legislação sobre o tema, com a finalidade de evitar possível descaracterização na relação de estágio e, consequentemente, o ajuizamento de ação trabalhista.

Compete à parte concedente o dever efetivo de acompanhamento e supervisão, de acordo com o dispositivo analisado acima, a fim de viabilizar a real transparência de conhecimento técnico que justifica a figura jurídica do estágio, da aptidão da referida parte para disponibilizar ao educando experiência prática de formação profissional e, ainda, proporcionar atividades que possam trazer aprendizagem social e cultural.

A décima constatação advém da resposta da seguinte pergunta: – O estágio não obrigatório atingiu a sua expectativa? – (Gráfico 5).

Gráfico 5 – Estágio não obrigatório atingiu sua expectativa



Fonte: Elaborado pelos autores, 2016

Nota-se que o resultado se aproximou de 100%, demostrando um percentual satisfatório, pois 91,5% respondeu que o estágio realizado atingiu suas expectativas, comparado a um percentual

pequeno de 5,4% dos participantes, que respondeu que o estágio atingiu parcialmente sua expectativa, ou seja, "mais ou menos"; já 2,3% afirmou que não atingiu e, por fim, 0,8% não soube informar. Assim, demostra-se que o estágio está cumprindo seu objetivo pedagógico.

A décima primeira constatação está relacionada aos resultados obtidos sobre tipos de entidades concedentes, nas quais os estagiários cumprem com suas atividades de estágio, cruzados com os dados mostrados Gráfico 5, ver Tabela 6, tendo como objetivo verificar quais entidades concedentes que mais atingem as expectativas por parte do educando.

Tabela 6 – Realiza estágio não obrigatório em x Estágio não obrigatório atingiu a sua expectativa

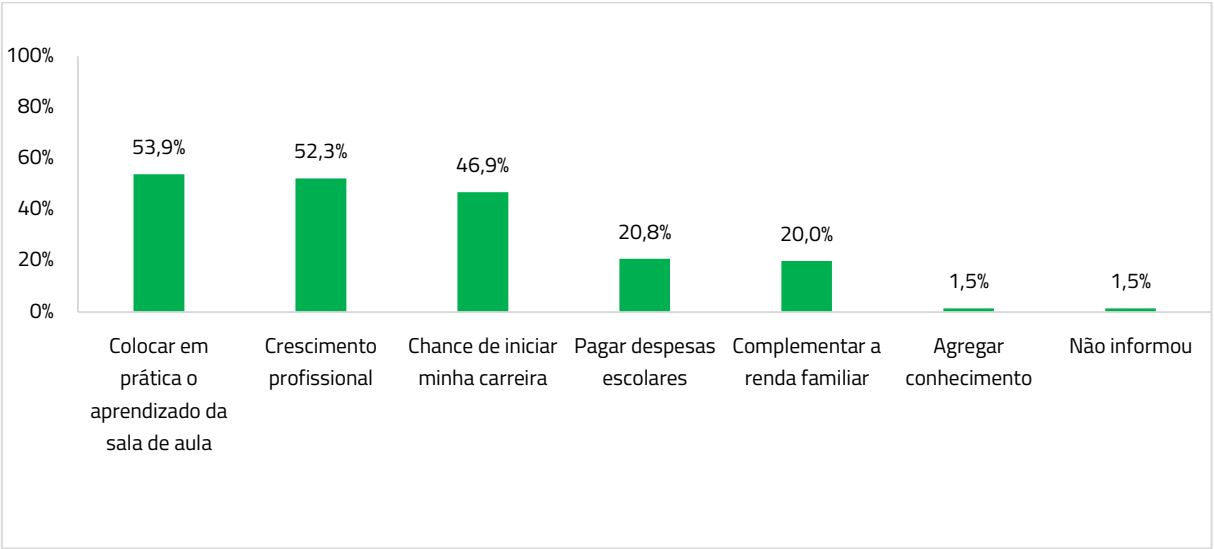
	Sim	Mais ou menos	Não	Não informou	**TOTAL**
Órgão da Administração Pública	74,0% (88)	57,1% (4)	100% (3)	0,0% (0)	**73,1% (95)**
Escritório de Advocacia	18,5% (22)	28,6% (2)	0,0% (0)	0,0% (0)	**18,5% (24)**
Empresa privada - Setor jurídico	7,6% (9)	14,3% (1)	0,0% (0)	100% (1)	**8,5% (11)**
TOTAL	**100% (119)**	**100% (7)**	**100% (3)**	**100% (1)**	**100% (130)**

Fonte: Elaborada pela autora

Em análise, constatou-se que, de forma geral, todas as entidades concedentes de estágio conseguiram atingir as expectativas dos educandos, como pode-se ver acima. A explicação provável para o maior índice de resposta positiva, deve-se ao fato de o estágio estar em conformidade com a Lei n. 11.788/2008.

A décima segunda constatação é sobre o seguinte questionamento: – O que o motivou a ir em busca de um estágio? – (Gráfico 6), ou seja, a pergunta está estreitamente ligada à percepção do educando sobre os motivos que o levaram a buscar a realização de um estágio.

Gráfico 6 – O que o motivou a procurar uma vaga



A porcentagem total do gráfico ultrapassa 100%, pois a questão possibilita indicar mais de uma opção de resposta.

Fonte: Elaborado pelos autores, 2016

Cabendo ressaltar que o Gráfico 6 corresponde a respostas de múltipla escolha. Há mais de cinco alternativas, com a possibilidade de os pesquisados optarem por mais de uma, assim, o resultado total da amostragem ultrapassa o limite de 100%.

Nesse sentido, analisando o Gráfico 6 pode-se constatar que os estagiários têm, como objetivo principal com 53,9% dos resultados, colocar em prática o aprendizado da sala de aula. Quanto aos objetivos secundários, está, em segundo lugar, o crescimento profissional futuro com 52,3%, seguidos de chance de iniciar uma carreira, 46,9%. Pagar as despesas acadêmicas corresponde a 20,8%, enquanto o objetivo de agregar conhecimento é de 1,5% e, por fim, 1,5% deixou de responder.

Percebe-se que, os motivos que mais impulsionam o educando à realização de estágio, é colocar em prática o aprendizado teórico adquirido em sala de sala paralelamente com o crescimento profissional, isso quer dizer que o resultado foi satisfatório, pois o objetivo principal da Lei n. 11.788/2008 é agregar conhecimento teórico à prática, para o aprendizado profissional futuro. Cabe enfatizar que o instituto em estudo visa, por meio da concessão de bolsa-auxílio, auxiliar o educando nas despesas de realização do curso, vindo ao encontro dos 20,8% pesquisados que optou por essa alternativa.

A última pergunta do questionário é de caráter opcional, tendo o seguinte teor: – Caso queira, deixe sua opinião sobre a experiência obtida com o estágio ou uma sugestão para melhoria desse. Essa questão mantém uma ligação mais direta com o título do trabalho e foi colocada a fim de verificar a percepção do educado diante da sua experiência no estágio, com comentários divididos em pontos positivos e negativos. Frisa-se que, por se tratar de pergunta opcional, nem todos os participantes responderam.

Quadro 1 – Aspectos positivos sobre o estágio não obrigatório apontados pelos estagiários

COMENTÁRIOS POSITIVOS
"Desde o início do curso de Direito, fiz estágio, o que contribuiu muito para o meu desenvolvimento como pessoa, profissional e a entender como funciona o judiciário. Com o estágio tive maior facilidade no decorrer do curso, fazendo com que eu passasse a considerar o estágio fundamental a todos os estudantes."
"Acredito que o estágio é uma ferramenta muito importante para o nosso aprendizado, pessoal e profissional. Com o estágio conseguimos colocar em prática a teoria que temos em sala de aula."
"Acredito que a experiência é indispensável para formação de bons profissionais. No entanto, os acadêmicos devem ter cuidado ao escolher o local, pois, principalmente, na esfera privada busca-se uma mão de obra barata, ignorando-se os objetivos do estágio."
COMENTÁRIOS POSITIVOS
"É muito válida a experiência durante o estágio, pois colocando em prática o que se aprende na faculdade, fica muito mais fácil assimilar e aprender."
"Estágio é uma excelente ferramenta de desenvolvimento do aprendizado e prática profissional."
"Boa oportunidade para aprender e começar na carreira jurídica."
"A experiência que o estágio traz é maravilhosa, tendo em vista o vasto aprendizado."

"Acredito que o estágio é uma ótima oportunidade de aplicar o conhecimento obtido em aula, sendo, muitas vezes, fator que nos leva também a compreender melhor a teoria exposta em nosso ambiente acadêmico. Mesmo não havendo o vínculo empregatício deve ser encarado com a devida responsabilidade e dedicação."
"Considero o estágio uma etapa importante durante a vida acadêmica."
"Consigo aplicar o que aprendo em sala de aula no estágio isso é muito gratificante."
"Desde o início do curso de Direito, fiz estágio, o que contribuiu muito para o meu desenvolvimento como pessoa, profissional e a entender como funciona o judiciário. Com o estágio tive maior facilidade no decorrer do curso, fazendo com que eu passasse a considerar o estágio fundamental a todos os estudantes.
"É de grande aprendizado, pois cada dia aprendo mais."
"É muito válida a experiência durante o estágio, pois colocando em prática o que se aprende na faculdade, fica muito mais fácil assimilar e aprender."
"Estagiar é fundamental no ramo do Direito, pois quando unimos a teoria à prática podemos avaliar o nosso desempenho e principalmente descobrir qual ramo quer seguir."
"Estou gostando do estágio, me proporciona uma real visão e experiência do que vou trabalhar no futuro."
"Estou tendo a oportunidade de utilizar os ensinamentos de sala de aula, a minha única ressalva é sobre o valor da bolsa auxílio."
"Experiência muito boa. Consegui determinar a área em que quero atuar após a graduação."
"No início da faculdade trabalhava em área diversa do Direito e, no momento em que ingressei no estágio consegui aliar muito mais a teoria com a prática."
"O estágio atinge todas as minhas expectativas."
"O estágio é muito importante para o nosso crescimento, pois através dele aprendemos a ver o Direito na prática e não apenas na teoria como aprendemos na faculdade."

Fonte: Elaborado pelos autores, 2016

Quadro 2 – Aspectos negativos sobre o estágio não obrigatório apontados pelos estagiários

COMENTÁRIOS NEGATIVOS
"A instituição de ensino deveria fiscalizar o órgão contratante. Existem muitos estagiários fazendo o trabalho dos Drs. magistrados e afins."
"A maioria dos estágios os seus superiores tratam os estagiários muito mal, isso poderia melhorar."
"Acho que os estágios deveriam proporcionar mais instigação ao conhecimento. Oferecer cursos de extensões na área. Melhor a remuneração, pois muitos usam o dinheiro para a faculdade."
COMENTÁRIOS NEGATIVOS
"A sugestão seria a valorização do estagiário pensando no futuro dele com carinho, como quem pode e tem muito a agregar à empresa ou ao escritório. O estagiário tem sido "usado" de forma banal, como meio de não arcar com verbas trabalhistas, entregando-lhes as mesmas responsabilidades que dariam a um empregado, porém a preço de banana. Estagiários não servem para fazer café ou somente para arquivar documentos. Em suma: a sugestão é a valorização e não exploração do estagiário."
"Desde o início do curso faço estágio em órgãos públicos e, referente aos direitos do estagiário, a maior não segue a Lei no que concerne a dispensa em dias de prova ou trabalho, sem descontar do salário do estagiário."
"Deve ser levado mais a sério. Respeitando as atividades e não só fazendo aquilo que ninguém mais quer fazer."

"Só gostaria de comunicar que na minha opinião os estágios e principalmente de Direito, são pouquíssimos remunerado, ainda mais para um nível de faculdade. Achei interessante o tema da pesquisa."
"Melhor remuneração."
"Estágios em órgãos públicos são ótimos, não digo o mesmo das experiências que tive em escritórios de advocacia, pois não respeitam q lei do estágio e não há um tratamento respeitoso."

Fonte: Elaborado pelos autores, 2016

Nota-se, no Quadro 1, que se confirmou o resultado do Gráfico 3, no que diz respeito à teoria e à prática aplicadas no estágio, ratificando a presença de sua função pedagógica. Já no Quadro 2, observa-se que alguns respondentes estão insatisfeitos com o estágio, destacando, como sugestão, melhor remuneração e melhor tratamento do estagiário como pessoa.

Pode-se constatar, por meio do presente trabalho, que o estágio não obrigatório de estudantes, produz resultados positivos e proporciona inúmeras vantagens para as partes que compõem essa relação, em especial, ao educando. Isso significa que o valor do estágio não pode ser medido somente sob o aspecto quantitativo ou econômico, haja vista sua finalidade. Ademais, com a devida aplicação da legislação, o estágio só tende a produzir resultados positivos (PALMEIRA SOBRINHO, 2008, p. 1178)

Quanto às vantagens da parte cedente em aderir ao estágio, é poder melhorar a qualificação dos recursos humanos de sua unidade, na medida em que passa a contar com profissionais com adequada formação técnica ou acadêmica, sem precisar reconhecer seus direitos trabalhistas, bem como sem pagar qualquer tipo de encargo social incidente sobre os pagamentos feitos ao estagiário, ou seja, o custo referente ao estágio é muito menor do que o de um empregado comum. Ainda, poderá renovar seus processos operacionais mediante soluções trazidas pelo próprio estagiário ou por seus professores e o estágio também possibilita a contratação de profissionais sem vícios.

Já a instituição de ensino tem a possibilidade de cumprir com a sua missão pedagógica de formar e desenvolver educandos, transformando-os em profissionais qualificados para o mercado de trabalho tão competitivo. Poderá, também, se atualizar em relação a problemas apresentados pelo educando no que diz respeito à prática a ser desenvolvida nas entidades cedentes, para aperfeiçoar seu próprio currículo escolar ou acadêmico, de acordo com as necessidades enfrentadas no dia a dia pelos profissionais que concedem estágio.

No tocante às vantagens, o estudante que decide realizar estágio, adquire conhecimentos, podendo trocá-los com seus colegas de estágio e de curso, ter um autoesclarecimento vocacional e, principalmente, experiência prática no campo de trabalho futuro a ser aplicada na profissão escolhida, podendo haver a possibilidade de o estagiário ser efetivado, pela parte concedente que não se utiliza de concurso seletivo, desbravar caminhos e fazer descobertas à medida em que vai desenvolvendo suas atividades de estágio. Além disso, fará jus a um valor ou a outra forma de contraprestação, que poderá vir a ajudá-lo com gastos referentes ao ensino ou, até mesmo, se for o caso, complementar o orçamento familiar.

É importante enfatizar que os educandos, pelo fato de estarem mais próximos da realidade vivenciada em seu período de estágio, têm todos os elementos para identificar se o estágio está de acordo com a normativa legal. Assim, é possível chegar à conclusão de que, na percepção da maioria

dos pesquisados, o estágio não obrigatório é algo positivo e possibilita a aplicação prática dos conhecimentos adquiridos no decorrer do curso o que, consequentemente, se refletirá em sua vida profissional.

E, por fim, verifica-se, por meio da amostragem, um resultado positivo sobre os requisitos materiais que validam o contrato de estágio, em especial o requisito da compatibilidade, que visa evitar o abuso de desconexão entre a formação teórica e a prática. Assim, pode-se concluir que o estágio em questão, dentro da amostragem apresentada, vem atingindo sua finalidade pedagógica, sendo esse o principal objetivo da Lei n. 11.788/2008.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pretendido, buscou-se a elaboração de pesquisa que demostrasse que, quando devidamente aplicada a legislação pertinente nas relações de estágio, maior a possibilidade de alcançar a sua finalidade pedagógica, contribuindo com a sociedade que irá receber profissional mais qualificado e competente.

Cabe frisar que não se trata aqui de apontar conclusões a ponto de findar ou esgotar a discussão acerca do tema, mas, sim, de despertar um elemento motivador capaz de instigar os estudantes sobre a importância do estágio não obrigatório na vida acadêmica e profissional. Contudo, como o direito e as transformações sociais são dinâmicas, nada impede que venham a surgir novos conceitos e paradigmas a respeito do tema proposto.

Destarte, no que tange à principal hipótese, percebe-se que, de fato, quando devidamente aplicada a Lei n. 11.788/2008 pela parte concedente na relação de estágio se atinge a sua finalidade pedagógica, sendo tal finalidade o propósito da nova Lei do Estágio. A hipótese em comento restou evidenciada, através do estudo de caso onde o próprio educando demostrou a efetividade na prática do instituto em comento. Tal hipótese se concretizou, possivelmente, em virtude dos pesquisados pertencerem ao Curso de Direito e, consequentemente, por seus supervisores de estágio serem da mesma área, o que talvez contribui para que se chegasse ao presente resultado.

Por fim, com essa análise, acredita-se que o objetivo desse trabalho foi atingido, uma vez que se conseguiu tratar da importância do Direito na construção da sociedade e na formação dos futuros operadores do Direito, chamando a atenção para tema pouco abordado no mundo jurídico, mas importante para vida escolar, acadêmica e profissional futura do educando que realiza, ou realizará, estágio não obrigatório.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **Direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2014.

BIANCHI, Anna Cecilia de Moraes; ALVARENGA, Marina; BIANCHI, Roberto. **Manual de orientação**: estágio supervisionado. 4. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008**. Dispõe sobre o estágio de estudantes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm>.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa. **Curso de direito do trabalho.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Estágio e relação de estágio**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NATHANAEL, Paulo. **Educação, estágio & trabalho**. São Paulo: Integrare, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Recomendação n. 117**. Recomendación sobre lá formación profesional, aprovada na 46° reunião da Conferência Internacional do Trabalho. Genebra, 1962. Disponível: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312455>. Acesso em: 01 set. 2017.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. O contrato de estágio e as inovações da lei n. 11.788/2008. **Revista LTr:** Legislação Trabalhista, São Paulo, v. 22, n.10, p. 1173-1188, out. 2008.

PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo; FONSECA, Maria Hemilia. A percepção do aluno sobre o estágio: emprego ou qualificação profissional? **Revista de Informações Legislativa**. Brasília, v. 53, n. 2009, p. 195-217, jan./mar. 2016.

SANTOS, Jucelino Vieira. **Contrato de estágio**: subemprego aberto e disfarçado. São Paulo: LTr, 2006.

SÃO PAULO, Secretaria de Educação, 1979, apud RIBEIRO, Maria Luisa Sprovieri. Educação especial: desafio de garantir igualdades aos diferentes. In. PICONEZ, Stela C. Bertholo (Coord).. **A prática de ensino e o estágio supervisionado**. 24. ed. São Paulo: Papirus, 2012.

HOLDING FAMILIAR: PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E OS LIMITES DA GESTÃO PATRIMONIAL

Gabriela Pilger Fischborn[1]
Rafael Minussi[2]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o planejamento sucessório e os limites da proteção patrimonial proporcionados pela formação das holdings familiares, no âmbito do direito societário.

É crescente o contato com empresários que a cada dia se deparam com novos desafios e conflitos dentro de suas empresas. Estes, decorrem de problemas familiares, internos e externos, bem como da própria concorrência do mercado, e com isso obrigam seus gestores a buscarem formas de proteger os seus bens familiares, para garantir a continuidade do negócio, tornando assim necessário um estudo a fim de verificar qual proteção seria mais eficaz em cada caso. Em meio a todas as alternativas, a holding apresenta uma solução capaz de desenvolver segurança patrimonial e alcançar o resultado desejado pelos empresários, uma vez que seu objetivo é o controle e participação em outras sociedades empresariais.

No entanto, o fato de oferecer proteção não quer dizer que o patrimônio disposto será blindado, a base é o contrato e o tipo societário utilizado para a formação da holding, pois eles delimitarão a responsabilidade dos sócios junto ao Estado e as sucessões.

Destaca-se que diversas vezes o planejamento ocorre de forma equivocada, não proporcionando a proteção ao patrimônio. O desconhecimento e o difícil acesso à informação dos empresários, são obstáculos que limitam o bom desenvolvimento da empresa. Além disso, diversas vezes as decisões empresariais e particulares estão consubstanciadas, gerando confusão patrimonial dos bens, esse fato também pode ser evitado com o planejamento, onde a Holding efetuará a separação e organização das atividades e bens empresariais das atividades e bens dos sócios.

HOLDING FAMILIAR

DEFINIÇÃO DE HOLDING E SUAS ESPÉCIES

O atual cenário brasileiro vem descobrindo muitos dos benefícios do planejamento societário apresentado pelas holdings, estruturas societárias que organizam as atividades empresariais de uma pessoa ou da família, distinguindo as áreas de produção das áreas meramente patrimoniais, bem como, proporcionando controle e proteção sobre outras sociedades. No entanto,

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: gabriela@kmcontab.com.br.
[2] Mestre em Qualidade Ambiental pela Universidade Feevale. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: rafaelminussi@feevale.br.

para que essa estrutura societária seja planejada de forma adequada, é fundamental atentar para as necessidades das atividades negociais desenvolvidas, analisando as suas características, uma vez que isto tornará possível distribuir entre uma ou mais pessoas os atos empresariais (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

São diversas as razões que levam as pessoas, principalmente no âmbito familiar, a constituir uma holding, uma vez que ela auxilia com os problemas de sucessão administrativa, protege o negócio e satisfaz o investidor através dos lucros gerados nas controladas ou participadas, oferece facilidade de administração por um controle maior e menor custo, além de proporcionar um maior poder de negociação, seja com bancos, seguros, entre outros (LODI; LODI, 2011).

A holding tem sua expressão derivada do verbo inglês *to holde* significa segurar, manter, controlar, guardar. Tem por fim identificar as sociedades que tem por objeto a participação em outras sociedades, no capital, proporcionando o controle, isso porque não existe especificamente no ordenamento jurídico brasileiro o tipo societário holding (TEIXEIRA, 2009).

No entanto, analisando o artigo 2°, da Lei 6.404/1976, a Lei das Sociedades Anônimas – LSA, tem-se que "pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário a lei, à ordem pública e aos bons costumes", dispositivo este, que define o objeto social das holdings. Este artigo também fundamenta claramente o objetivo da formação da empresa quando, em seu § 3° afirma que "a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais".

A formação das holdings, embora tenha sua previsão na lei das sociedades por ações, não possui necessidade de ser formalizada como sociedade anônima, tendo por base as regras impostas à estas. A escolha referente à sociedade pode se dar por meio de qualquer uma das modalidades previstas no ordenamento jurídico brasileiro, como as sociedades por cotas de responsabilidade limitada, por exemplo. Essa escolha é livre, pois a empresa formada nos moldes da holding, terá como ponto principal a escolha do seu objetivo a ser desenvolvido, e não o tipo societário em si (BARROS, 2013).

Para André Luiz Santa Cruz Ramos (2015), quando a participação nas outras sociedades ocorrer com esse objetivo social apenas, a holding será considerada *pura*, uma vez que não estenderá seus objetivos com o desenvolvimento de outras atividades. De tal forma, será *mista (ou operadora)* quando, além da participação no capital de outra sociedade, ela explorar diversas atividades econômicas.

A divisão efetuada é corroborada por Fábio Pereira da Silva e Alexandre Alves Rossi (2015). Para os mesmos, a holding *pura* terá por fim exclusivo a sua participação no capital, enquanto a *mista* não será restrita a isso, exercendo também atividades empresariais. As demais definições não são aceitas, uma vez que se demonstram inapropriadas com base na legislação, já que a mesma não as prevê. Sendo assim, elas auxiliam apenas para fins didáticos, isso porque analisam a finalidade da empresa e a vinculam a uma classificação mais estendida.

Entre os doutrinadores que divergem dos anteriores, estão Gladston Mamede e Eduarda Mamede (2015). Para os autores, além das holdings pura e mista, também pode ocorrer de a sociedade ser constituída a fim de ter o controle de uma ou mais sociedades, a denominada *holding*

de controle. Quando o objetivo não for controlar, mas sim participar da sociedade, será classificada como *holding de participação*. A participação de sociedade constituída a fim de definir planos, orientações, metas, etc, através da centralização da administração de outras sociedades, é chamada de *holding de administração*. Por outro lado, a *holding patrimonial* (ou sociedade patrimonial), é formada para ser proprietária de determinado patrimônio. E por fim, a *holding imobiliária,* que ocorre quando a constituição de sociedade patrimonial, tem o objetivo de ser proprietária dos imóveis, e até mesmo para a locação dos mesmos.

Ainda no que tange às suas classificações, parte da doutrina também conceitua a *holding familiar*. Esta será formada visando um bom planejamento sucessório, protegendo os bens familiares ali resguardados, também terá por finalidade o planejamento tributário, como a redução da carga tributária da pessoa física, além de um retorno sem tributação, o que ocorre com os lucros e dividendos distribuídos entre os sócios, tudo isso voltado para uma empresa preocupada com a sua longevidade (ROCHA JÚNIOR; ARAUJO, 2015).

NATUREZA JURÍDICA E TIPIFICAÇÃO SOCIETÁRIA

Ao tratar da natureza jurídica, o ordenamento jurídico brasileiro é claro, e apresenta em seu artigo 982, do Código Civil de 2002, a sociedade simples e a empresária.

Cabe analisar que a sociedade empresária será a pessoa jurídica, que exerça atividade econômica, com finalidade lucrativa, diferentemente do empresário, que poderá ser pessoa física ou jurídica, e exerce profissionalmente atividade econômica organizada. No entanto, para ser caracterizada a sociedade empresária, não basta apenas o exercício da atividade econômica, esta, deverá ter essencialmente o elemento da organização dos fatores de produção (RAMOS, 2015).

Portanto, as mesmas não podem ser denominadas de sociedades empresariais, uma vez que isso remete ao fato de uma sociedade de empresários, e o que ocorre na verdade, é que a própria pessoa jurídica é a empresária, justificando sua denominação, sociedade empresária (COELHO, 2014).

Por força do artigo 966, do Código Civil, a atividade econômica própria de empresário, deverá ser organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, ou seja, ao contrário das sociedades simples, que tem como elemento central apenas a atividade negocial desenvolvida de forma simples, as sociedades empresárias irão ter como elemento a organização dos meios sob forma de empresa (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

Cumpre ressaltar ainda, que o atual ordenamento jurídico brasileiro apresenta duas exceções, que independentemente de a estrutura ser empresária ou não, serão consideradas pela legislação como empresária e simples, trata-se da sociedade por ações e da cooperativa, respectivamente. Ambas estão estipuladas no parágrafo único, do artigo 982, do Código Civil. Sendo assim, por força do dispositivo mencionado, por mais que a sociedade por ações exerça atividade negocial, será considerada uma empresa. De tal forma, se a cooperativa exercer um negócio sob forma empresarial, tendo como objeto as atividades do artigo 966, do Código Civil, ainda assim será considerada sociedade simples (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

Isso ocorre, pois, conforme disposto pela doutrina, as sociedades cooperativas são constituídas predominantemente devido às qualidades individuais de seus sócios, onde busca-se a união de esforços, assim dito por cooperação, entre as pessoas a ela integradas, visando um determinado objetivo (CARVALHOSA, 2003).

Por outro lado, nas sociedades por ações, a natureza jurídica é fixada pelo Código Civil, onde o texto da lei enuncia claramente que "independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações", parágrafo único, artigo 982 do atual Código Civil brasileiro (RAMOS, 2015, p. 223).

No que diz respeito às sociedades simples, estas deverão ter como objeto a exploração de atividade econômica não empresarial, ou seja, ausente a empresarialidade, conforme nos traz o artigo 982, do Código Civil, quando afirma que serão simples as demais, quais sejam, atividades intelectuais, de natureza científica, literária ou artística. A título de exemplo, cabe mencionar as sociedades uniprofissionais. São aquelas constituídas tendo por objeto social a exploração da profissão intelectual de seus sócios, ou seja, serão formadas por profissionais intelectuais. A sua natureza jurídica ocorre devido ao fato de que quase em todos os casos, a profissão intelectual será a única atividade exercida, estando ausente o requisito da organização dos fatores de produção (RAMOS, 2015).

Quanto às atividades rurais, podemos classificá-las como atividades empresariais, em decorrência do seu desenvolvimento no mercado ser dotado de um mínimo de organização, o que permite então, denominar seus exercentes de empresários rurais. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro concede um tratamento diferenciado a estes empresários, proporcionando a faculdade de eles se sujeitarem ao regime empresarial, ou não, de forma livre e desvinculada (TOMAZETTE, 2013).

O registro dos atos constitutivos (contrato social ou estatuto social) dessas sociedades deverá ocorrer de acordo com a sua natureza jurídica, conforme expressa previsão legal. Sendo a sociedade empresária, assim como o empresário, é obrigatória a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, Juntas Comerciais, da respectiva sede. No entanto, quando a sociedade for simples, a mesma deverá providenciar seu registro junto ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Destaca-se aqui o registro das sociedades cooperativas. Neste caso, como mencionado anteriormente, terá natureza jurídica de sociedade simples, contudo, o seu registro deverá ser providenciado, assim como nas sociedades empresárias, junto ao Registro Público de Empresas Mercantis, Juntas Comerciais, da respectiva sede (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

A sociedade de advogados apresenta outra particularidade, exceção, no que tange ao registro da mesma. Conforme disposto no artigo 15, §1°, da Lei 8.906/1994, a aquisição da personalidade jurídica da sociedade de advogados ocorre com o seu registro no Conselho Seccional da OAB de sua sede, ou seja, por mais que se trate de uma sociedade simples, não caberá ao Cartório o registro do seu ato constitutivo, devendo ser respeitada a lei específica da profissão.

O princípio da tipicidade é visível na legislação brasileira, a partir do momento em que o legislador impõe às sociedades empresárias a adoção de um tipo societário. Essa opção deve ser

feita de acordo com o cenário legal, portanto as sociedades brasileiras não podem fazer-se valer de uma junção ou modificação dos tipos previstos em lei (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

CONSTITUIÇÃO, FUNCIONAMENTO E EXTINÇÃO DA EMPRESA

A holding assim como todas as sociedades, utiliza-se do ato constitutivo como pilar para a sua existência societária. É através dele que serão estipuladas todas as particularidades da sociedade e da sua atividade negocial. Ocorre que, hoje em dia tem sido uma prática constante a padronização dos contratos sociais (sociedades por cotas) ou estatutos sociais (sociedades institucionais), os mesmos têm sido tratados como formulários, aplicando a reiteração de modelos, o que claramente pode comprometer a estrutura básica da sociedade (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

É através do objeto social previsto no ato constitutivo que a figura da holding irá se configurar. Sendo assim, para a holding pura deverá constar que "a sociedade terá como objetivo social a administração de bens próprios", enquanto na mista "a sociedade terá como objetivo social a administração e locação de bens próprios" (ROCHA JÚNIOR; ARAUJO, 2015, p. 44 e 45).

No momento da constituição da sociedade, é de suma importância que seja feita uma análise prévia dos objetivos estabelecidos, bem como um planejamento estratégico para que se possa identificar qual o melhor tipo de holding a se criar, conforme as necessidades apresentadas. Esta determinação, ocorrendo de forma equivocada, pode acarretar em muitas dificuldades para a vida da sociedade, ou até mesmo levá-la a prejuízos financeiros e econômicos (OLIVEIRA, 2015).

Existem algumas formalidades a serem observadas para a constituição, previstas no ordenamento jurídico brasileiro. No que diz respeito ao ato constitutivo, o mesmo deverá ser apresentado em no mínimo duas vias, neste, é obrigatória a rubrica em todas as páginas, bem como a assinatura ao final do mesmo, com o reconhecimento das firmas dos respectivos sócios ou procuradores. Também será necessário que o contrato ou estatuto seja acompanhado de um requerimento para registro, o qual deverá assinado conforme mencionado acima (ROCHA JÚNIOR; ARAUJO, 2015).

O Código Civil Brasileiro, bem como a Lei 6.404/1976 que trata das Sociedades por Ações, apresentam outros requisitos além dos mencionados no parágrafo anterior. No entanto, cumpre ressaltar que, por mais que exista a previsão legislativa destas formalidades mínimas, denominadas cláusulas obrigatórias, é possível que a sociedade preveja outras cláusulas particulares à sua formação, respeitando o princípio da liberdade de atuação jurídica e econômica. Tal disposição está amparada no artigo 1°, inciso IV, no artigo 5°, inciso II, bem como no artigo 170, caput, da Lei 6.404/1976 (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

Quando se trata da constituição de uma holding, não pode ser colocado em segundo plano o levantamento do capital da sociedade. O mesmo é elemento essencial e representa em valores o investimento que os sócios ou acionistas estão aplicando no objeto social da holding, motivo pelo qual sua previsão deve ocorrer desde logo no registro do contrato ou estatuto (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

No que diz respeito especificamente ao exercício da administração da sociedade, por se tratar de um papel de significativa importância, suas atribuições devem ser observadas desde o princípio nas cláusulas contratuais. É basicamente através do administrador que serão norteados os rumos e o sucesso da empresa, depende fundamentalmente de sua competência e eficiência no desempenho das funções atribuídas. Atrelado à previsão dos limites ao administrador, é imprescindível discriminar o processo de escolha e destituição do mesmo (SILVA; ROSSI, 2015).

A partir da constituição, poderá surgir a figura do grupo de sociedades, a critério opcional das mesmas, observando os requisitos da Lei 6.404/1976. Será elaborada uma convenção entre as sociedades, onde serão especificadas obrigações no sentido de combinar recursos ou esforços, atingindo assim a realização dos respectivos objetivos. Além disso, poderá ser efetuada a combinação da participação das sociedades em atividades ou empreendimentos comuns. Tal relação jurídica entre as holdings será analisada de forma mais abrangente no segundo capítulo (ROCHA JÚNIOR; ARAUJO, 2015).

O desenvolvimento das atividades da sociedade deverá sempre atender ao objeto social previsto no contrato ou estatuto social. Tal funcionamento deve ser fiscalizado pelo administrador da holding, sob pena de responsabilização de prejuízos causados à terceiros, inclusive de forma solidária, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, no caso em que as atividades estejam em desacordo com o previsto no ato constitutivo (SILVA; ROSSI, 2015).

De tal forma, se o objetivo dos sócios não for ampliar o funcionamento da sociedade incluindo nela outras atividades e sim dissolvê-la, as formalidades e requisitos previstos pela legislação brasileira também deverão ser observados, sob pena de transformar o processo de extinção em um procedimento prolongado, podendo acarretar, assim como na constituição, em prejuízos mesmo na fase de encerramento da holding, uma vez que deverá ser feita uma distribuição do patrimônio, atrelada à prestação de contas (ROCHA JÚNIOR; ARAUJO, 2015).

O processo de encerramento das sociedades é formado por três fases, quais sejam, a dissolução, a liquidação e pôr fim a extinção. Todos eles deverão seguir atos específicos e coordenados irão acarretar o término das atividades e existência da holding. SHARP JÚNIOR, 2009).

Quando se trata da dissolução da sociedade de pleno direito, ou seja, quando ela não depender de alguma decretação judicial, nem tampouco de mais algum ato dos sócios, há a necessidade de analisar qual tipo societário está em debate, pois o ordenamento jurídico brasileiro difere os casos de dissolução das sociedades limitada, simples ou empresária, dos casos previstos para a sociedade por ações (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

As primeiras deverão observar o disposto no Código Civil, que apresenta nos artigos 1.037, 1.044 e 1.087, como causa à dissolução o vencimento do prazo de duração, o consenso unânime dos sócios, a deliberação favorável da maioria absoluta dos sócios quando constituída por prazo indeterminado, a ocorrência da unicidade social sem que a pluralidade seja reconstituída no prazo de 180 dias, ou ainda, a extinção de sua autorização de funcionamento, na forma da lei.

Quando a dissolução de pleno direito for de uma sociedade anônima, esta deverá respeitar as formalidades e requisitos previstos no artigo 206 Lei 6.404/1976, sendo possível pelo término do prazo de duração, nos casos mencionados no estatuto da mesma, por deliberação em

assembleia geral, pela existência de um único acionista não suprida a necessidade na forma da lei, ou então pela extinção de sua autorização de funcionamento, na forma da lei.

Após realizada a fase de dissolução da sociedade, o processo de extinção segue com a liquidação. Nesta etapa, através de um conjunto de atos, será feito um levantamento do ativo e do passivo da holding, amigavelmente ou judicialmente, sendo que o primeiro grupo representará as disponibilidades e os bens da sociedade, enquanto que o segundo as obrigações dela. Após finalizados os valores, deverá o saldo restante ser partilhado entre os sócios ou acionistas (TEIXEIRA, 2009).

Caso ocorra de o passivo ser maior que o ativo, não sendo possível a sociedade satisfazer todas as suas dívidas, como não pagar um credor comercial ou fiscal, por exemplo, sua extinção será irregular, levando os sócios ou acionistas a responder pelas pendências (SHARP JÚNIOR, 2009).

ORGANIZAÇÃO E BLINDAGEM PATRIMONIAL

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

A figura da pessoa natural, sua intenção, é quem dará início a pessoa jurídica, por este motivo ocorre a interligação de ambas. Sendo assim, destaca-se a importância de possuir uma visão clara sobre os objetivos pessoais e societários, para que tal fato não interfira no desenvolvimento da economia e possa ser evitada a confusão patrimonial com desvios onerosos, que por diversas vezes podem acarretar no encerramento da empresa (LODI; LODI, 2011).

Observada tal distinção, passa-se ao real objetivo do planejamento patrimonial e tributário: "redução de gastos com tributos; redução de gastos em atividades operacionais e de apoio administrativo; e simplificação nas relações, tanto societárias quanto com órgãos públicos". Atualmente o cenário fiscal e tributário brasileiro aponta diversas exigências fiscais de seus contribuintes, o que torna o sistema muito mais complexo e exaustivo, sendo o planejamento tributário de extrema importância para atividade econômica privada (OLIVEIRA, 2015, p. 23).

Com a constituição da holding, o que ocorre na maioria das vezes é que a tributação antes atribuída ao sócio (pessoa física), passa a ser destinada para o patrimônio e rendas da pessoa jurídica formalizada. Esta mudança acarretará na alteração das bases, alíquotas, forma de apuração, entre outros aspectos dos tributos, podendo apresentar algumas vantagens e desvantagens (ROCHA JÚNIOR; ARAUJO, 2015).

Por mais que se trate de um planejamento, a Fazenda Pública e alguns setores do Ministério Público discordam pelo fato do ordenamento jurídico brasileiro permitir aos contribuintes o direito de optarem dentre as alternativas de tributação lícitas e honestas, a que lhes proporciona uma melhor economia tributária. Observa-se aqui que, ao estudar e planejar a holding, o objetivo não é afrontar a lei, pois tal ação trata-se de fraude, a real intenção é adequar entre as opções que a mesma disponibiliza ao contribuinte (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

Outro ponto que passa a ser buscado pelos sócios está na questão dos lucros e dividendos que serão extraídos da pessoa jurídica e integrarão a renda dos mesmos, sem tributação (como

ocorreria na retirada de pró-labore ou aluguéis, por exemplo), representando assim um retorno do capital investido por eles na sociedade (TEIXEIRA, 2009).

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta os regimes de tributação a serem utilizados, quais sejam: lucro arbitrado, simples nacional, lucro presumido e lucro real. O primeiro não é considerado como opção de um regime para as pessoas jurídicas por parte da doutrina, mas sim uma exceção, isto ocorre em razão da possibilidade de descumprimento de algumas obrigações legais previstas (SILVA; ROSSI, 2015).

No que diz respeito ao regime tributário diferenciado para as Microempresas (ME's) e Empresas de Pequeno Porte (EPP's) – Simples Nacional – o mesmo também não se aplicará as holdings. O impedimento da tributação por este regime ocorre, pois, a característica desta estrutura societária está na participação dela em outras sociedades, sendo vedada tal atuação no § 4ª, inciso VII, do artigo 3°, da Lei Complementar 123 de 2006, conforme segue: "Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: I – que participe do capital de outra pessoa jurídica".

Diante do exposto, resta apenas a opção da tributação dos rendimentos pelo lucro real ou lucro presumido. Para que seja possível optar pelo primeiro regime, devem ser observadas duas questões: os limites e as atividades. A partir do ano-calendário de 2014, o limite de receita bruta total para tributar pelo lucro presumido é de R$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões) no ano-calendário anterior ou no caso de início de atividades, o valor de R$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil), multiplicados pelo número de meses de atividade. Ainda, também estão obrigadas a optar pelo lucro real, consequentemente impedidas do lucro presumido, as pessoas jurídicas apontadas a seguir, conforme determinação do rol taxativo previsto no artigo 14, da Lei 9.718 de 1998 (ROCHA JÚNIOR; ARAUJO, 2015).

A holding familiar, cuja intenção é a formação de uma sociedade para proteção do patrimônio entre a família, poderá ter como objetivo qualquer um daqueles elencados no subcapítulo das classificações. Neste viés, é feita análise da tributação dada aos aluguéis, bem como às distribuições de lucros efetuadas, que são os rendimentos recebidos com mais frequência pelas pessoas físicas e jurídicas, no âmbito da administração de seus bens (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

Para as sociedades que optarem ou forem obrigadas pela legislação à tributação com base no Lucro Real, a partir dos lucros apurados em 01 de janeiro de 2015, com fulcro na mudança apresentada pela Lei nº 12.973/2014, restou esclarecida que a distribuição deverá ser efetuada sobre o lucro originado da contabilidade societária, ou seja, aquela que segue os procedimentos internacionais, sendo que assim, a mesma será beneficiada com a aplicação da isenção do Imposto de Renda (ROCHA JÚNIOR; ARAUJO, 2015).

Por outro lado, para as pessoas jurídicas que optarem pela tributação com base no Lucro Presumido existe duas formas de cálculos para que a distribuição seja alcançada pela isenção, quais sejam: com base na presunção ou com base no lucro apurado pela contabilidade. O primeiro método considera o valor da base de cálculo do Imposto de Renda e subtrai todos os impostos e contribuições que a pessoa jurídica está sujeita – IRPJ, CSLL, PIS e COFINS – sendo o saldo o lucro/valor sujeito à isenção. Já para a segunda forma, com base nos registros apurados pela

contabilidade, a qual é utilizada como regra geral devido ao benefício apresentado, aplica-se também o método da presunção, no entanto, se comprovadamente nos registros contábeis a pessoa jurídica evidenciar resultado superior àquele encontrado pelo cálculo da presunção, é possível que ela distribua esse montante de forma isenta de Imposto de Renda (ROCHA JÚNIOR; ARAUJO, 2015).

Por sua vez, o artigo 889, do Decreto 3.000 de 26 de março de 1999 – que estabelece o Regulamento do Imposto de Renda (RIR) – prevê a proibição da referida distribuição de lucros. Tal vedação é taxativa e imposta àquelas pessoas jurídicas (sociedades por cotas e ações) que estiverem em débito por falta de recolhimento de impostos no prazo legal estabelecido, desde que o mesmo não esteja garantido.

Surge então a discussão a respeito daquelas que efetuam o parcelamento dos respectivos inadimplementos. Neste sentido, a Solução de Consulta nº 82 de 25 de outubro de 2005, da Receita Federal, esclarece a legalidade das distribuições efetuadas pelas pessoas jurídicas com parcelamentos, face à suspensão da exigibilidade dos débitos.

Quanto aos rendimentos de aluguéis recebidos por pessoas físicas, as faixas e alíquotas aplicáveis serão as da tabela progressiva mensal, disponibilizadas anualmente com os devidos reajustes e constantes no anexo II da IN 1.500 de 2014 da Receita Federal, onde as alíquotas variam entre isenção para a primeira faixa, 7,5%, 15%, 22,5% e 27,5%, aplicáveis sobre o valor recibo pelo beneficiário.

No caso de recebimento de aluguel por pessoa jurídica tributada pelo Lucro Presumido, a atividade de locação estará sujeita ao recolhimento do Imposto de Renda nos termos do artigo 15, § 1º, III, c, da Lei 9.249 de 1995. A receita proveniente desta atividade será calculada à base de 32% e sujeita à alíquota de 15%, ressaltado o adicional de 10% aplicado sobre o valor da base de cálculo que exceder R$ 60.000,00 no trimestre.

O mesmo dispositivo legal prevê a base de cálculo da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido das pessoas jurídicas. Em se tratando da atividade em discussão, será utilizado o percentual de 32% para a determinação da mesma, segundo os termos descritos no caput do artigo 20 da referida Lei. Quanto à alíquota aplicável deste tributo, em comparação ao Imposto de Renda, será reduzida para 9%.

Cumpre ressaltar ainda, a tributação destinada às pessoas jurídicas optantes pelo regime do Lucro Real. Inicialmente distingue-se das demais quanto à forma de seu cálculo, onde sucintamente, a base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido será determinado mediante o confronto entre as receitas e as despesas, desde que autorizadas por lei a serem deduzidas da mesma (PRADO; PEIXOTO; SANTI, 2009).

No que diz respeito à alíquota do Imposto de Renda, ela será a mesma que a utilizada para as pessoas jurídicas optantes pelo Lucro Presumido, ou seja, o percentual utilizado será de 15%, assim como, neste caso aplica-se inclusive a previsão acerca do adicional do referido imposto, sujeito à alíquota de 10%, conforme o período de apuração escolhido pela pessoa jurídica para a tributação e pagamento. O mesmo também vale no que diz respeito à alíquota da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, a qual será novamente aplicada para o Lucro Real no percentual de 9%, sobre a base de cálculo encontrada para o respectivo tributo.

Por fim, destaca-se também a possibilidade de cobrança do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis, de competência dos municípios, o qual está previsto no artigo 156 da Constituição Federal do Brasil. O mesmo dispositivo também prevê no seu § 2°, que o referido imposto não incidirá sobre:

> A transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Face ao exposto, é clara a particularidade e atenção que se deve ter ao realizar o planejamento fiscal de uma pessoa jurídica. Tal dificuldade aumenta quando as atividades exercidas pela mesma estão sujeitas a mais tributos, sendo eles de competências distintas: federais, estaduais, distritais e municipais, onde cumpre ao responsável a análise a legislação de cada um, aplicando-a ao caso concreto (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

No que diz respeito à holding familiar especificamente, sua característica está na formação de uma sociedade constituída com a finalidade da proteção do patrimônio, bem como a garantia no comando da empresa. Para que as gerações possam trabalhar de forma segura na passagem de uma para a outra, é necessário que o planejamento tributário ocorra de forma concomitante ao planejamento sucessório, isto irá evitar custos e riscos que por ventura poderiam surgir para a sociedade. A falta ou o mal planejamento, por vezes levam as sociedades a crises econômicas, as quais em sua grande maioria ocasionam a falência ou alienação de todo o patrimônio à terceiros interessados (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

A preocupação com a sucessão da sociedade é um dos pilares que devem ser muito bem alicerçados quando ocorrer sua formação, uma vez que tudo inicia com uma organização cuidadosa e previamente à constituição propriamente dita. Neste sentido, o foco está voltado no poder das tomadas de decisões, de regra decidido no contrato ou estatuto, bem como no estudo da possibilidade de situação alheias à sociedade e à família, como por exemplo, casamentos, discussões, divórcios, passamento de herdeiros, entre outros eventos imprevistos, além da de toda a carga tributária a ser paga no momento da transmissão dos bens da sociedade ou da pessoa física, que também deve ser levada em consideração no planejamento sucessório (SILVA; ROSSI, 2015)

Com a formação da holding familiar é possível a distribuição dos bens pessoais e da herança através das quotas ou ações da sociedade, não necessitando individualizá-los como ocorreria diretamente no inventário, de tal forma que a mencionada modificação venha a influenciar na contribuição do imposto de competência dos Estados, incidente sobre as heranças e doações (OLIVEIRA, 2015).

Face ao exposto, os autores Fabio Silva e Alexandre Rossi ainda salientam que entre os elementos motivadores em tentar reunir todos os bens pessoais no patrimônio da sociedade, deve-

se ponderar o processo de inventário. A referida ação, por vezes se prolonga por um lapso temporal muito grande, e com a exigência do pagamento dos tributos sob pena de suspensão e mais atraso da mesma, a família pode ter que se desfazer de bens para que possa arcar com o pagamento dos custos provenientes do inventário. Por tudo isso, a consideração de um planejamento prévio demonstra-se necessário (SILVA; ROSSI, 2015).

Os regimes previstos no Código Civil de 2002 se dividem em três classificações, previstos nos Capítulos III à VI, quais sejam, a Comunhão Universal, a Comunhão Parcial, a Separação de Bens e a Participação Final nos Aquestos. Com base neles que será efetuada a partilha, considerada por muitos a realização de justiça, para o cônjuge que esteve ao lado e colaborou para a construção do patrimônio (CARVALHO; CARVALHO, 2011).

Ademais, da mesma forma que pode ocorrer a proteção do patrimônio diante terceiros que ingressem posteriormente na família, destituídos de conhecimento empresarial, e que desta forma comprometem a pessoa jurídica, é possível efetuar da mesma forma, com previsões em contratos ou documentos, a determinação de parte do patrimônio para um ou para outro herdeiro, conforme a vontade do doador. O mesmo poderá se valer de alternativas a buscar o que acredita ser a melhor distribuição (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

Nos casos da sociedade constituída, prevalecerá o disposto no contrato ou ato constitutivo da mesma, e a partir daí os herdeiros irão assumir a figura de sócios, garantindo a estabilidade da empresa que não precisará se envolver e ficar à mercê da rotineira demora na finalização do processo de inventário (ROCHA JÚNIOR; ARAUJO, 2015).

Desta forma, o patrimônio não pertencerá mais à pessoa natural e a transmissão não ocorrerá por bens ou pela empresa, a sucessão se dará através da participação societária na holding formada. No entanto, ainda restam detalhes inerentes à transmissão das cotas ou ações da sociedade, a qual poderá ocorrer em vida ou pós morte, conforme determinação de vontade. No primeiro caso, ocorrerá através de doação, que caracterizará o adiantamento da legítima aos que seriam os herdeiros necessários após a morte, enquanto no segundo caso, a transmissão seria mediante o testamento. Ainda é possível ante o exposto, o usufruto (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

A transmissão dos bens após a morte, mediante o testamento, obedece a vontade do testador, uma vez que o mesmo determinará a direção a ser tomada quanto aos seus bens. Este instrumento jurídico, assim como todos os todos os atos provenientes de lei, possui requisitos que devem ser respeitados. O artigo 1.864, 1.868 e 1.876 do Código Civil de 2002, estabelecem as exigências impostas ao testamento público, o testamento cerrado e o testamento particular, respectivamente, classificados como ordinários ou comuns (LODI; LODI, 2011).

Na transmissão mediante doação, novamente prevalece a vontade do doador, sem nenhum favor ou valor em troca, mediante livre e espontânea vontade do mesmo. Ocorre que, essa forma de passar o bem aos herdeiros do patrimônio, diferencia-se do testamento por concretizar-se totalmente em vida – a manifestação e a transmissão propriamente dita. No caso de existindo a holding, a doação ocorrerá por intermédio das quotas criadas, aos herdeiros, onde novamente a sociedade não terá abalos quando do falecimento do geralmente patriarca da família, nem tampouco com o processo de inventário a ser instaurado e as implicâncias dele decorrentes entre todos os envolvidos, sejam os herdeiros ou terceiros, como os cônjuges (SILVA; ROSSI, 2015)

O instituto da doação está previsto no ordenamento jurídico brasileiro, sendo regrado pelo disposto no capítulo IV, artigos 538 e seguintes do Código Civil de 2002, o qual estabelece todas as relações advindas de doações de bens ou vantagens, bem como as suas formas.

Na doação com a reserva do usufruto, será transferida pura e simplesmente a propriedade das cotas ou ações aos donatários, permanecendo os genitores com o usufruto delas, ou seja, poderão em virtude do uso, exercer os direitos inerentes aos títulos e assim administrar a holding, bem como controlar os investimentos e a sociedade operacional (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

Quanto às cláusulas restritivas, serão aquelas utilizadas pelos pais para a proteção do patrimônio no caso do envolvimento de um terceiro, através do casamento. A legislação brasileira prevê a cláusula denominada de incomunicabilidade, quando, neste caso, o bem recebido em doação não será considerado patrimônio comum do casal. Ressalta-se, no entanto, que os frutos percebidos na constância do casamento – dividendos e juros sobre o capital próprio – não serão incomunicáveis, cabendo a divisão com o cônjuge (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

Também é previsto no ordenamento jurídico brasileiro, as cláusulas denominadas de inalienabilidade e impenhorabilidade. A primeira restringe a alienação do bem gravado, trata-se de uma medida bem rigorosa, uma vez que o bem fica impedido de ser objeto de qualquer forma de alienação, como por exemplo, a venda, doação, permuta, etc (CARVALHO; CARVALHO, 2011).

No que diz respeito à segunda cláusula, a de impenhorabilidade, como o próprio nome sugere, visa o impedimento da utilização do bem como garantia de alguma obrigação. Neste caso, muitas vezes o objetivo é proteger as cotas e ações de dívidas particulares dos herdeiros e donatários. Ressalta-se, no entanto, que conforme previsão no artigo 650 do Código de Processo Civil, a referida restrição não atinge os frutos da holding, lucros e dividendos, os quais podem ser objeto de penhora (SILVA; ROSSI, 2015).

A questão tributária no momento da doação obedecerá à previsão constitucional, a qual institui o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD. No estado do Rio Grande do Sul, o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD – está previsto na Lei 8.821 de 27 de janeiro de 1989. O dispositivo legal já passou por diversas alterações e atualmente conta com as alíquotas divididas por faixas de acordo com o quinhão, representado por UPF (Unidade Padrão Fiscal), indicador utilizado pelo Estado, para corrigir taxas e tributos cobrados por ele.

RELAÇÕES SOCIETÁRIAS

As relações societárias que envolvem a holding familiar são de suma importância, pois influenciam em toda a formação e gestão dela. Para os autores Gladston e Eduarda Mamede (2015), as relações podem se apresentar em dois planos diferentes, o *ad intra* e *ad extra.* No primeiro caso, serão aquelas relações que envolvem os sócios propriamente ditos, em um plano interno, como por exemplo, os cônjuges. Já aquelas divididas pelos autores em *ad extra*, abordam os casos em que a própria holding, na condição de sociedade, se envolve com as demais sociedades das quais a mesma detém participação societária.

A relação entre a holding e as demais sociedades é prevista no Código Civil brasileiro, nos artigos 1.097 a 1.101, o qual denomina de coligação de sociedades. Já na Lei das Sociedades Anônimas, a previsão ocorre a partir do artigo 243 (RAMOS, 2015).

Novamente, por mais que a previsão estava em uma lei específica para as Sociedades Anônimas, a coligação não envolvia somente este tipo, abrangendo as demais também. Diante de tal fato, com a elaboração do Código Civil em 2002, ocorreu a necessidade de regular tal matéria, o que restou incompleto. Sendo assim, atualmente deve-se utilizar de forma conjunta os diplomas legais mencionados, interpretando a legislação, de forma a compatibilizá-los no que eventualmente gerarem conflitos (TOMAZETTE, 2013).

A coligação entre sociedades ocorre quando da junção de duas ou mais sociedades, submetidas, ou não, ao mesmo controle, sendo que pode ocorrer essa submissão quando elas participarem de um mesmo grupo econômico. Ainda pode-se identificar a coligação entre elas, quando uma sociedade participar de forma parcial ou integral sobre o capital de outra (DINIZ, 2014).

O Código Civil brasileiro, no capítulo VIII, que tratas das sociedades coligadas, divide de três formas essa relação de participação no capital, estabelecendo no artigo 1.097 as sociedades controladas, filiadas e as de simples participação, e nos dispositivos seguintes, quando que será caracterizada cada uma delas.

A importância de definir a qualificação da relação entre as sociedades, está voltada à diversos aspectos influenciadores, pois a mencionada medida definirá regras especiais tanto para as demonstrações financeiras das sociedades investidoras e investidas, quanto à eventuais configurações de grupos societários entre elas (TOMAZETTE, 2013).

No caso das relações *ad intra,* as quais envolvem os sócios propriamente ditos, devem ser analisadas primordialmente duas relações familiares que podem estar presentes na sociedade, e principalmente no que diz respeito a holding familiar, mas que devem respeitar limites impostos pela legislação: a incapacidade do sócio e os cônjuges sócios (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

Quanto à capacidade para contratar, legislação exige que os sócios possuam capacidade para praticar os atos da vida civil. Ocorre que, em determinadas situações nos deparamos com a incapacidade, seja ela relativa ou absoluta, advinda da menoridade ou doença. Nestes casos, sob pena de nulidade, o sócio absolutamente incapaz deve ser representado pelo seu representante legal, e sob pena de anulabilidade, o sócio relativamente incapaz deve ser assistido pelo seu representante legal. Ressalta-se ainda que, nestes casos, devem ser observadas as disposições impostas pela lei vigente ao momento do registro da sociedade (DINIZ, 2014)

Atualmente, além da representação do sócio incapaz, para que a participação seja possível, é necessário que o capital social da sociedade esteja totalmente integralizado, assim como não será possível conferir poderes administrativos a ele (RAMOS, 2015).

Ocorre que, é possível que essa incapacidade seja superveniente, ou que o sócio receba herança enquanto já incapaz. Nestes casos, em que a incapacidade vier quando o sócio já participava da sociedade ou se as cotas ou ações vieram mediante herança ou doação, o artigo 974, parágrafo segundo, utiliza-se de uma medida protetiva, estipulando um limite para a responsabilidade do patrimônio do mesmo, para com as obrigações da empresa, onde não estarão sujeitos os bens que

o sócio incapaz possuía antes mesmo da sucessão ou da interdição, quando estranhos ao acervo, observando o fato de que os mesmos devem constar no alvará eu autorizar a participação do sócio (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

Por fim, a relação conjugal entre os sócios também é objeto de discussão no âmbito do direito empresarial. É facultativo e lícito marido e mulher contratarem sociedade entre si, observado regime de casamento. Sendo assim, quando o regime for o da comunhão universal de bens, ou então quando for o regime da separação obrigatória de bens, os cônjuges não poderão ser sócios, objetivando fim econômico, ou então prestação de serviços (DINIZ, 2014).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É crescente a busca dos administradores das empresas pela formação das holdings familiares, pois na prática os benefícios estão dando bons resultados. Ocorre que, deve-se atentar à imagem vendida, pois por diversas vezes depara-se com o objetivo de utilizar a holding a fim de blindar o patrimônio pessoal e empresarial.

A estruturação dessa sociedade está totalmente voltada a um bom planejamento tributário e sucessório, no entanto, cumpre ressaltar que se trata de uma sociedade como as demais, ou seja, sujeita a direitos, bem como, a obrigações, não mantendo imune o patrimônio de eventuais responsabilizações.

Ademais, o foco principal da holding familiar, e consequentemente onde surte efeitos práticos mais benéficos, está no fato de garantir a saúde da empresa. Muitos negócios já se encontram na gerência de outras gerações, as quais não foram os reais fundadoras. No entanto, embora não tenham iniciado a vida da sociedade, cabe a essas gerações seguintes um papel tão importante quanto, que é a permanência no mercado e o prosseguimento de uma boa administração. Daí surge uma das maiores preocupações dos fundadores que deixarão a sucessão para seus herdeiros.

Uma das soluções mais efetivas para a gestão do patrimônio, mas principalmente que garanta uma maior estabilidade gerencial, está com certeza na formação de uma holding familiar com um estudo detalhado e focado no planejamento sucessório e tributário.

Consequentemente, ao efetuar ambos os planejamentos, garante-se também a forma mais ágil de trabalhar a sucessão no momento em que ocorrer a morte do gestor, evitando assim, possíveis conflitos que poderiam surgir mediante a demora do processo de sucessão.

Diante de todo o exposto, a holding familiar apresenta-se como fundamental estratégia de negócios para os casos em que exista uma preocupação maior com o controle da sociedade, bem como vontade em manter as diretrizes e valores já utilizados pelos sócios fundadores, no entanto, sem blindar o patrimônio, proporcionando-o apenas mais proteção, principalmente quanto à eventuais conflitos familiares que possam colocá-lo em risco.

REFERÊNCIAS

BARROS, Tiago Pereira. Planejamento sucessório e holding familiar/patrimonial. **Revista Jus Navegandi,** Teresina, ano 18, n. 3529, 28 fev. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23837/planejamento-sucessorio-e-holding-familiarpatrimonial>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. Presidência da República **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999**. Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3000.htm>.

BRASIL. Presidência da República. **Instrução Normativa RFB nº 1.500, de 29 de outubro de 2014.** Dispõe sobre normas gerais de tributação relativas ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas. Disponível em:<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=57670 &>.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 8.906, de 04 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispões sobre as sociedades por ações. Disponível em: <httphttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Altera a Legislação do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas, bem como da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, e dá Outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249. htm>.

BRASIL. Presidência da Respública **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

CARVALHO, Dimas Messias de; CARVALHO, Dimas Daniel de. **Direito das Sucessões: Inventário e Partilha.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil:** parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 13: Do direito de empresa.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial:** Direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1: Direito de empresa.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 8.

LODI, João Bosco; LODI, Edna Pires; **Holding**. 4 ed. rev. e atual., São Paulo: Cengage Learning, 2011.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE Eduarda Cotta. **Blindagem patrimonial e planejamento jurídico**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens:** planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Holding, administração corporativa e unidade estratégica de negócio: uma abordagem prática.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro; SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Org).. **Direito societário:** estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado.** 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei 8.821, de 27 de janeiro de 1989.** Institui o Imposto sobre a Transmissão, "Causa Mortis" e Doação, de quaisquer bens e direitos. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Lei%20n% C2%BA%2008.821.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2016.

ROCHA JÚNIOR, Arlindo Luiz; ARAUJO Elaine Cristina de; SOUZA Katia Luiza Nobre de. **Holding:** aspectos contábeis, societários e tributários. 2. ed. São Paulo: IOB SAGE, 2015.

SHARP JUNIOR, Ronald Amaral. **Direito comercial e de empresa.** 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, Fabio Pereira da; ROSSI, Alexandre Alves. **Holding Familiar [disponível em e-book**]: visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário. São Paulo: Trevisan, 2015.

TEIXEIRA, João Alberto Borges. Holding Familiar: Tipo societário e seu regime de tributação. **Revista tributária de finanças públicas**, v. 85, 2009. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600001556426aafe22f85404&docguid=I75c00f60f25411dfab6f010000000000&hitguid=I75c00f60f25411dfab6f010000000000&spos=11&epos=11&td=39&context=22&startChunk=1&endChunk=1>.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial:** teoria geral e direito societário. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

EMPRESAS HOLDING: APLICABILIDADE E EFICÁCIA NOS GRUPOS EMPRESARIAIS

Gabriela Zorn[1]

Marina Furlan[2]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste na apresentação de sociedades *holding*, visando facilitar o entendimento, bem como a compreensão de seus conceitos e de sua aplicação, uma vez que ocorreram significativas evoluções na eficiência e na gestão empresarial no Brasil nos últimos anos. As sociedades *holding* são sociedades de participação que detêm ações ou cotas em uma ou várias empresas, com a finalidade de exercer o controle e a manutenção destas. Diante desse quadro, surge o seguinte problema de pesquisa: a adoção da sociedade *holding* traz vantagens para o grupo de empresas?

Desse modo, o objetivo geral deste estudo consiste em analisar o Direito Empresarial de uma forma geral, bem como a caracterização da *holding*, atentando às suas vantagens e à sua aplicação. Já os objetivos específicos são: a) analisar os conceitos gerais do Direito Empresarial; b) conceituar a *holding*, observando sua estruturação no Brasil no âmbito empresarial por meio dos dispositivos legais que a autorizam; e c) identificar as vantagens na constituição de uma empresa com atividade econômica *holding*, especialmente no que concerne aos fins de controle do grupo de empresas.

Para melhor estruturação deste estudo, primeiramente, aborda-se a evolução histórica do Direito Empresarial, incluindo desde seu início na Idade Média, com os comerciantes, até o reconhecimento da empresa como objeto desse ramo do Direito. Em um segundo momento, analisa-se a sociedade *holding*, com foco especialmente nas formas que esta pode assumir, salientando-se, ainda, a importância da adoção desse tipo societário para o controle dos grupos de empresas. Por fim, em um terceiro momento, apresentam-se as considerações finais deste estudo.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO EMPRESARIAL

O Direito Comercial tem início na Idade Média, embora sua origem remeta a épocas mais longínquas, nas regiões de Ur e Lagash (cidades mesopotâmicas da Idade Média) (MAMEDE, 2012). Portanto, até essa época, o que se retira da História são normas destinadas ao comércio, que chegaram à atualidade, sobretudo, pela sua inserção no direito romano (BULGARELLI, 2001).

Já para Ramos (2015), o comércio existe desde a Idade Antiga, ainda que nesse período histórico não se possa falar na existência de um direito comercial, uma vez que a legislação mais antiga conhecida até agora, as *Leis de Ur-Nammu*, data do século XXI a.C (MAMEDE, 2012), tendo

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: gabrielaramonyzorn@hotmail.com.

[2] Mestra em Direitos Fundamentais pela Ulbra. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: marina@lucini.com.br.

sido utilizada como referência para a constituição dos chamados Códigos Comerciais – o mais influentes deles foi o Código Comercial Francês[3] de 1808 (MAMEDE, 2012).

Na busca pelo nascimento do comércio, cabe relembrar Platão, o filósofo que, ao explicar a origem da justiça, de forma indireta, indica a origem do Estado e do comércio. Pelo fato de os indivíduos não conseguirem saciar todas as suas necessidades, se viram obrigados a aproximarem-se uns dos outros com o intuito de trocar os excedentes de seus trabalhos (ANDRADE, 1980).

Como ensina Martins (1984, p. 1):

> No início da civilização, os grupos sociais procuravam bastar-se a si mesmos, produzindo material de que tinham necessidade ou se utilizando daquilo do que poderiam obter facilmente da natureza para a sua sobrevivência – alimentos, armas rudimentares, utensílios. O natural crescimento das populações, com o passar dos tempos, logo mostrou a impossibilidade desse sistema, viável apenas nos pequenos aglomerados humanos [...]. Inegavelmente, a troca melhorou bastante a situação de vida de vários agrupamentos humanos.

Já findo o Direito das Corporações, a definição de comércio depende dos atos realizados, pois considera se estes são ou não comerciais, e não das pessoas que o realizam (VIDO, 2013). Quando o feudalismo foi superado, essas normas passaram a ser utilizadas como referência para a constituição dos chamados Códigos Comerciais (MAMEDE, 2012), como assinala Franco (2001, p. 20):

> Com isto se acentuou a tendência à objetividade, entendida no sentido de que o novo direito deixara de ser limitado à qualificação profissional de quem praticasse o ato, passando a abranger aquele que fosse autor ou réu numa relação com causa mercantil.

Assim, em sua origem, o Direito Comercial emergiu da necessidade de um regramento jurídico mais célebre que atendesse às necessidades dos mercadores (FORGIONI, 2012). Entretanto, faltava o cunho científico necessário à conformação do Direito Comercial. Para Bulgarelli (2001), foi justamente a essa obra que se entregaram os juristas italianos durante os séculos XVI e XVII, quando sistematizaram, doutrinariamente, os estudos, a jurisprudência e os costumes.

O Direito brasileiro, ao instituir o Direito de Empresa, acabou por incluir no seu âmbito o comércio, não com exclusividade, mas como uma das várias atividades econômicas organizadas para a produção ou circulação de bens ou serviços profissionalmente exercidos (ZUCCHI, 2004). Nesse sentido, a Lei n.º 10.406/2002, que instituiu o novo Código Civil (CC) no ordenamento jurídico brasileiro, completou a tão esperada transição do direito comercial brasileiro: abandonou-se a teoria francesa dos atos de comércio para adotar-se a teoria italiana da empresa (RAMOS, 2015).

E, com isso, surge a necessidade de conceituar o que é empresa, bem como quais são seus tipos e suas obrigações. Observe-se que o conceito de empresa não está aludido de forma simples

[3] Código Comercial Francês ou Código Napoleônico de 1807. Surgiu na França, promulgado por Napoleão em 15 de setembro de 1807, e entrou em vigor dia 1º de janeiro de 1808. Sua elaboração demorou seis anos e, apesar de não ter inovado muito em matéria de Direito Comercial, conservando quase tudo o que dispunham as Ordenanças de Comércio Terrestre de 1673 e da Marinha de 1681, teve grande influência nas legislações, em especial dos povos latinos. Fonte: FURTADO, Wilson. **Curso de Direito Comercial**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

e clara, uma vez que aqui se fala em Teoria da Empresa. Diante disso, surge, também, a necessidade de distinguir sociedade empresária de empresário.

SOCIEDADE HOLDING

HOLDING EMPRESARIAL – ASPECTO HISTÓRICO E CONCEITO

Ressalta-se, primeiramente, que há certo nível de dificuldade para reconstituir a história do surgimento e da evolução das empresas *holding* no Brasil. A expressão *holding*, verbo que se origina do idioma inglês *to hold*, que significa manter, controlar ou guardar, apareceu timidamente na Resolução n.º 469 do Banco Central, de 07 de abril de 1978.

Posteriormente, o próprio governo passou a usar os benefícios da *holding* ao formar a Telebrás, Eletrobrás e Fibase, agora desmembradas e privatizadas em novas organizações. Criou, também, incentivos à constituição de *holdings* pelo setor privado por meio do Fundo Nacional de Aviação Civil (Fnac), do Programa de Capitalização de Cooperativas Agropecuárias (Procap) e de outros órgãos afins (LODI; LODI, 2011).

Assim,

> a partir da promulgação da Lei 6.404 em 1976 que dispõe sobre as Sociedades por Ações, ou seja, a Lei das S/A, legitima a existência da sociedade holding no Direito brasileiro, assim dispõe o art. 2º, § 3º, da referida Lei[4] e, posteriormente, do CC de 2002, que ganhou força no Direito Empresarial Brasileiro com a figura societária das empresas denominadas Holding" (ALVES, 2006, p. 9).

Rebelo (2010) explicita que, mesmo antes dessa lei, o Direito brasileiro já tinha previsão legal das sociedades com esse objeto de participação em outras. O Código Brasileiro de Telecomunicações, por exemplo, que data de 1962, falava da sociedade *holding*, sem apresentar sua definição, mas reconhecendo sua existência:

> Art. 103. Não poderão ser incluídos na composição do custo do serviço, para efeito da revisão ou fixação tarifária: [...] b) assistência técnica devida a empresas que pertençam a *holding*, de que faça parte também a concessionaria ou permissionária [...] (BRASIL, 1962).

O autor evidencia, ainda, o Decreto n.º 2.521/98, que trata do transporte rodoviário e que também apresenta uma regra em que cita e reconhece o fenômeno *holdings* (REBELO, 2010). Eis a regra:

[4] "Art. 2º. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem e aos bons costumes. [...] § 3º. A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais". Fonte: BRASIL. **Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

> Art. 9º. É vedada a exploração de serviços numa mesma linha por transportadoras que mantenham entre si vinculo de interdependência econômica, assim entendido: [...] IV – controle pela mesma empresa *holding* (BRASIL, 1998).

Essas normas foram citadas com a finalidade de demonstrar que as sociedades de participações – *holdings* – são admitidas no Direito brasileiro, tratando-se de fenômeno antigo no âmbito societário (REBELO, 2010). Constata-se, então, que tais primórdios históricos sobre a constituição de *holdings* serviram para ressaltar o que deveria ou não ser feito ao constituir uma sociedade *holding* e, com isso, indicar a rota para melhores proveitos.

Ao tributar direta ou indiretamente a pessoa física do sócio, por meio da distribuição de dividendos entre empresas, o Governo começou a cercar os benefícios tributários da *holding*. Hoje a distribuição não é tributada, mas o próprio lucro da operadora o é. No Decreto-lei n.º 2.065/83, nos arts. 4ª e 20º, as restrições começam a ser mais veementes. A Lei n.º 7.450/85, modificando a legislação do Imposto de Renda, influi em alguns procedimentos da *holding*, inclusive na questão benéfica do exercício fiscal. As demais legislações posteriores encaminham-se aos mesmos sentidos, porém nada as tem derrubado até agora (LODI; LODI, 2011).

Dessa maneira, sabe-se que a *holding* foi sendo aperfeiçoada por meio de uma filosofia administrativa que busca oportunidades e objetivos sólidos e pertinentes à sua administração, blindagem patrimonial e benefícios tributário, societário e sucessório. Trata-se de "uma ferramenta empresarial até agora imbatível nos seus aspectos de planejamento, controle e soluções societárias" (OLIVEIRA, 2015, p. 7). Oliveira afirma, ainda, que uma *holding* pode ser definida, assim, em linguagem simples, "como uma empresa cuja finalidade básica é ter participação acionária – ações ou cotas – de outras empresas" (2015, p. 7).

Hardy (1987 apud LODI; LODI, 2011), por sua vez, define a *holding* como uma sociedade juridicamente independente que tem por finalidade adquirir e manter ações de outras sociedades, juridicamente independentes, com o objetivo de controlá-las, sem com isso praticar atividade comercial ou industrial. Tal pensamento é comungado por Oliveira (1995), que entende *holding* como toda empresa que adota como finalidade a manutenção de participações em outras empresas, não bastando, contudo, a mera participação do capital para que se possa interferir na administração da empresa investida.

Já para Carvalhosa:

> As holdings são sociedades não operacionais que tem seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando nesse caso, constituir a coligação. Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio. Quando exerce o controle, a holding tem uma relação de dominação com as suas controladas, que serão suas subsidiárias (2014, p. 12).

Em relação à definição da *holding*, existem ainda alguns conceitos básicos que devem ser observados quando abordada a questão do Direito de empresas, tais como: fusão – representa a união de duas ou mais empresas, resultando em uma nova empresa; cisão – representa a desunião de duas ou mais empresas, resultando em novas empresas, e pode representar, também, o

partilhamento de uma empresa, resultando em novas empresas; incorporação – representa a decisão de uma empresa absorver outra, resultando na empresa dominadora como uma amplitude maior; e *holding* – representa uma situação em que uma empresa tem controle societário sobre outras empresas (CAMILLO, 2008).

Na prática, a *holding* "é uma empresa diferenciada, moldada não para produzir riqueza física, mas para controlar as companhias produtoras de tal riqueza" (ALVES, 2006, p. 11). Logo, a participação pode ou não ser significativa, pois em alguns casos a *holding* participa do capital de outras sociedades sem deter muitas ações ou quotas; porém, em outras situações, a participação pode conferir-lhe a administração e/ou o controle das sociedades das quais participa. Portanto, a *holding* pode ser apenas para investimento ou para "blindagem patrimonial" (ROCHA JÚNIOR; ARAUJO; SOUZA, 2015, p. 21).

Cumpre salientar, ainda, que a *holding* não é um tipo societário, tampouco tem uma natureza jurídica predeterminada. Igualmente, cabe distinguir a sociedade *holding* da sociedade operacional, já que uma tem função diversa da outra. As sociedades operacionais são aquelas com atividade empresarial (com fim lucrativo), que estão focadas no mercado em que atuam, atentando às tendências do cliente no que concerne à concorrência e a outros problemas externos (REDECKER; BONDAN, 2015).

Já a *holding*, de acordo com Redecker e Bondan (2015), tem como função participar do capital social dessas sociedades operacionais. Enquanto a sociedade operacional visa ao lucro e à concorrência, a sociedade *holding* tem uma visão voltada para dentro, concentrando-se na produtividade das empresas que controla, e não no produto que elas oferecem (REDECKER; BONDAN, 2015).

Salienta-se, também, que a *holding* pode participar de sociedades constituídas no Brasil, bem como de sociedades constituídas no exterior, sem que haja qualquer impedimento legal, desde que se faça a observação às regras especificas para tal fim (ROCHA JÚNIOR; ARAUJO, SOUZA, 2015), o que não é objeto de estudo neste trabalho.

Por conseguinte, as *holdings* podem ser enquadradas como *holdings* puras e mistas – o que será explicitado mais adiante –, cada qual com sua denominação e aplicação, peculiaridades que precisam ser compreendidas para uma melhor aplicabilidade em cada grupo empresarial.

Tipos de sociedade *holding* – puras e mistas

As sociedades *holding* podem ser classificadas como puras ou mistas. A esse respeito, Oliveira explicita, de modo esclarecedor, que

> [...] holding pura é a praticada por grandes grupos e caracteriza, simplesmente, a participação acionária, mesmo minoritária, em outras empresas. Holding mista é a que desenvolve atividades operacionais (industrial ou comercial) e também realiza serviços, principalmente para as afiliadas, tais como serviços de planejamento estratégico, marketing, informática, recursos humanos, relações públicas, assistência jurídica, organização e métodos (2015, p. 18-19).

Ainda de acordo com o mesmo autor, essa diferenciação pode ser explicada por meio de mapas societários. A *holding* pura não é recomendada para questões fiscais. Nesse tipo de sociedade, uma pessoa física pode ser sócia, formando o par necessário para a constituição de qualquer outra empresa. Nesse caso, entretanto, a pessoa física só participa da sociedade, mas não administra, não controla e não gerencia.

Ou seja, é uma sociedade constituída com o objetivo único de ser titular de quotas ou ações de outra ou outras sociedades, que está enquadrada no contexto das sociedades por ações, mas também das sociedades por quotas, designadamente as sociedades limitadas, tipo societário que prepondera na sociedade brasileira (MAMEDE; MAMEDE, 2013).

Alonso (2003) relata que as *holdings* puras, conforme já discutido, têm como instrumento social tão somente a participação acionária e societária em outras empresas no estado de acionista ou cotista. Nessas empresas, sua fonte de receitas emana puramente do recebimento de divindendos e lucros. No Brasil, apenas a massa do capital votante pode legalmente definir o controlador. Desse modo, não se considera *holding* a sociedade que dispõe de menos de 51% de outra (ALONSO, 2003).

Já a *holding* mista é a mais usual e conta com mais recursos para o planejamento fiscal. Além disso, é mais indicada para a avaliação de novos empreendimentos, mais dinâmica e mais maleável administrativamente.

Na *holding* mista, além de participar de outras empresas, a sociedade labora de forma industrial e comercial ou ainda prestando serviços a terceiros, serviços estes que podem ser prestados às empresas afiliadas e a outras não obrigatoriamente integrantes do grupo.

Fala-se, ainda, em *holding* de controle, que consiste em "uma forma de assegurar o controle societário de empresas, como também de não perder o controle do próprio negócio pela dificuldade de um consenso rápido nos condomínios, parcerias ou regimes de casamento" (LODI; LODI, 2011, p. 50). Já a *holding* patrimonial é a "mais importante de todas. Visão de banco de investimentos, controle da sucessão. É o ponto mais vulnerável das relações empresário 'versus' empresas. É de longe a mais necessária, atualmente" (LODI; LODI, 2011, p. 51).

É costumeiramente aconselhável a constituição de uma *holding* quando se tem estrutura multissocietária – diversas sociedades – ou quando se deseja constituir tal estrutura a partir de cisões[5], a fim de organizar setores diversos de uma atividade econômica vasta. Nesse sentido, a *holding* adota a condição de sociedade de controle e comando, detendo as participações societárias, e o governo responsabiliza-se pela sua organização, especificando a administração das sociedades controladas e intervindo sobre as sociedades coligadas – nas quais não tem controle societário (MAMEDE; MAMEDE, 2013). A diferença entre essas espécies está no poder de controle que exercem sobre a(s) empresa(s) operacional(is). A *holding* de controle detém quotas e/ou ações em outras sociedades em montante suficiente para exercer o poder, enquanto que a *holding* de

[5] Do latim *scindere*, cortar; daí *scissionis*, que significa separação, divisão. Trata-se de uma reorganização de sociedades em que a companhia transfere parcelas de seu patrimônio a outras sociedades já existentes ou criadas para tal fim, extinguindo-se a companhia cindida se houver transferência total do patrimônio, ou dividindo-se seu capital se a transferência for parcial. Fonte: ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Acadêmico de Direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

participação possui mera participação nos títulos societários (MAMEDE; MAMEDE, 2013; REDECKER; BONDAN, 2015).

Assim sendo, o objeto social deve ser exato e objetivo, a fim de que se possa qualificar a sociedade como *holding*, a qual terá por finalidade a organização do patrimônio societário, o investimento e/ou a proteção patrimonial. A esse respeito, ressalta-se que a "blindagem patrimonial ou proteção patrimonial" refere-se ao conjunto de ações preventivas, objetivando defender/resguardar o patrimônio de determinada entidade das contingências externas (ROCHA JÚNIOR; ARAUJO; SOUZA, p. 23).

Mamede e Mamede (2013, p. 75) aludem que a conclusão necessária é simples: "no âmbito de uma *holding pura*, os sócios nivelam-se". Com a constituição de uma *holding* familiar, nomeadamente sociedade de participações (*holding* pura), todos os herdeiros, junto com seus pais, são colocados na mesma condição: são todos sócios. Como a *holding* pura não tem atividade operacional, a administração pode ser atribuída a todos os sócios ou ser atribuída a alguém especial, podendo-se, neste caso, prever um *pro labore* figurativo, estipulado em valor mínimo.

Assim como a receita da sociedade de participação é composta exclusivamente pela distribuição de lucros e juros sobre o capital próprio, pagos pelas sociedades nas quais tem participação, independentemente da função desempenhada pelos sócios, estejam ou não trabalhando nas empresas, nessa ou naquela função, a participação nos resultados se fará de acordo com a participação no capital social da *holding*. Isso não é alterado, sequer, se há autorização no contrato social ou estatuto social, ou autorização dada pela reunião ou assembleia de sócios, para que a receita também resulte de operações realizadas com títulos que tenham em carteira, como aluguel de ações, aquisição e alienação de participações societárias, debêntures etc. Diga-se o mesmo em relação às receitas advindas das sociedades patrimoniais, titulares de bens imóveis e móveis alugados, marcas e patentes licenciadas etc (MAMEDE; MAMEDE, 2015).

Diante do exposto, a *holding* ficou muito conhecida como instrumento de diversificação e controle de empresas, ou seja, como um meio de resolver problemas de profissionalização, sucessão e relação entre sócios. Embora isso seja pertinente, as *holdings* podem ser vistas na atualidade como pilares colocados habilmente em pontos estratégicos do grupo empresarial para seu fortalecimento, sua defesa e seu desenvolvimento.

Ainda tendo em vista tais considerações, Lodi e Lodi (2011) mencionam que a criação da *holding* patrimonial tem uma posição primordial e relevante na passagem de uma geração à outra. Nesse sentido, alertam que essa preocupação – de passar o patrimônio – deveria ser equacionada o mais prematuramente possível, para não ser, ainda em vida, a derrocada daquilo que foi construído com tanto fervor (LODI; LODI, 2011).

É sabido que, para titularizar a participação em outras sociedades, a *holding* demanda, por exemplo, um sistema de capital e de mão de obra especializada de administradores, sem o que não poderá adotar profissionalmente sua atividade. Assim, ainda que a *holding* se integre a uma sociedade simples, não perde sua condição de exercício de atividade empresarial (ALVES, 2006).

Logo, já era essa a percepção de Mamede (2012) ao aludir que uma sociedade não precisa ter por único objetivo estancar participações societárias (*holding* pura), sendo aceitável que seu ato constitutivo (contrato ou estatuto social) preveja objetos sociais diversos, como a titularidade de

participações societárias e atividades operacionais (*holding* mista). Nesse sentido, a sociedade *holding* – seja pura ou mista – é aquela que demanda do capital de outras sociedades em níveis suficientes para controlá-las, podendo ser definida como uma empresa de participação societária, quer por meio de ações (Sociedade Anônima), quer por meio de quotas (Sociedade Limitada), no capital de outra(s) sociedade(s).

Basicamente, a *holding* passa a ser sócia de uma ou mais sociedades (ROCHA JÚNIOR; ARAUJO; SOUZA, 2015), sendo possíveis ainda, conforme a doutrina, outras classificações para as empresas *holdings*, tais como: *holding* administrativa, *holding* de controle, *holding* de participação, *holding* familiar e *holding* imobiliária[6].

Após tais ponderações sobre os tipos possíveis de *holding*, passa-se a discutir as vantagens da *holding*. Embora essas sejam múltiplas, tais como a proteção patrimonial, a primazia da prosperidade da atividade econômica das sociedades controladas, a coligação de parcerias e o planejamento fiscal e sucessório, cabe ressaltar que o desígnio preponderante da *holding* consiste no crescimento produtivo e econômico.

O exercício do poder de controle da *holding* nos grupos empresariais

No esquema jurídico pátrio, a formação de *holding* é satisfatória e apreciada pelos empresários que idealizam um planejamento empresarial e tributário com a manutenção do seu poder de controle. A *holding* torna-se, assim, uma exímia ferramenta para a efetuação desse planejamento (SOUZA; SANTOS, 2014).

Oliveira (2015) explana os proveitos que os grupos de empresas podem lograr com a criação de *holdings*. Quanto aos aspectos econômico-financeiros, ele cita:

> [...] - maior controle acionário com recursos reduzidos, principalmente quando se consideram as várias atividades corporativas que podem ser centralizadas – esse proveito se distingue, singularmente, na *holding* mista; - custos ínfimos pela possibilidade e vicissitude de interação das incumbências operacionais entre empresas controladas; - atenuação nas dificuldades de fusão[7] e incorporação pela administração mais interativa entre empresas controladas; - afastamento das dívidas das afiliadas, pois cada empresa terá sua vida própria; - dilatação de negócios rentáveis, embora o insucesso de outras associadas, pois cada empresa afiliada é considerada e vista de forma isolada; - condensação do poder econômico do acionista controladora na *holding*, o que condiz a um cenário resultante da própria existência de uma empresa *holding*; e - maximização de propósitos na aplicação de capital, se todas as empresas forem lucrativas, existindo uma interpelação financeira do caixa único inerente às diversas empresas afiliadas (OLIVEIRA, 2015, p. 23).

[6] No presente trabalho, não será detalhado cada tipo possível de *holding*, bem como suas particularidades, uma vez que o objetivo consiste em discutir a aplicabilidade e eficácia das *holdings* de maneira geral, como opção e até mesmo solução para grupos societários, empresas familiares e afins que visam ao planejamento tributário, sucessório e societário.

[7] Operação que reúne duas ou mais sociedades já existentes, para formar uma sociedade nova, sucessora nos direitos e nas obrigações das anteriores. Fonte: ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Acadêmico de Direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

Nesse sentido, os benefícios econômico-financeiros dizem respeito à simplificação da administração do grupo empresarial, sobretudo quando constituída uma *holding* de modo autêntico, ou seja, quanto constituída com efeito de controlar o grupo de empresas. Já no que concerne aos aspectos administrativos, observam-se os seguintes elementos:

> [...] destrezas em transferências e alocações de recursos dentro do grupo e entre as empresas afiliadas a *holding*, sem a exiguidade de ouvir os sócios e/ou acionistas minoritários. - drenagem nas estruturas ociosas das empresas afiliadas em referências aos serviços comuns a todo o grupo, sobretudo na *holding* mista; - unificação de alguns trabalhos, probabilidade de contenção das despesas operacionais; - absoluto poder de negociação no alcance de recursos financeiros e nos negócios com terceiros; - isonomia administrativa e mecanismos de rito em todas as empresas afiliadas; - centralização das decisões financeiras, aumentando o poder de barganha das empresas afiliadas; - canalização de diretrizes e arbítrios do grupo empresarial, que provocam maior agilidade decisória e homogeneidade de atuação; e - descentralização de serviços em execução entre as empresas afiliadas (OLIVEIRA, 2015, p. 24).

Percebe-se, assim, que o administrador aperfeiçoa as diversas atividades estratégicas do grupo empresarial, de forma simplificada, na consolidação de vantagens competitivas reais e duradouras que contribuem para o planejamento fiscal e tributário. Lodi e Lodi aludem que:

> O empresário ao pensar em formar uma ou mais holdings está pensando em grupos societários, compartilhando gerencias e controles, considerando parcerias e estabelecendo não só proteções patrimoniais, mas também buscando solidez empresarial. É uma ferramenta administrativa. [...] A Holding dá ao acionista controlador a tranquilidade de decisões sensatas atentando para o cooperativismo dentro do grupo empresarial. Agindo equidistantemente e através da representação societária em seu conselho de administração, a holding consegue minimizar e mesmo evitar que embates pessoais e societários perturbem o bom andamento das operadoras. [...] A eficiência de uma empresa operadora não ocorre só por causa de ter ou não uma holding. Porém, quando essa "cabeça" não tem mais possibilidade de decidir sozinha, em virtude do tamanho do negocio, ou do desenvolvimento tecnológico acelerado, ou mesmo porque já se torna necessário compartilhar o poder ou passa-lo a gerações que surgem, então a holding é a única alternativa para a pessoa jurídica (2011, p. 7-8).

Diante dos conflitos familiares e societários inerentes a tais sociedades e da consequente demanda por proteção patrimonial, Oliveira afirma que "[...] mais importante do que o tipo de *holding* que o executivo vai desenvolver é a filosofia de administração que a empresa *holding* pode proporcionar, tendo em vista a otimização dos resultados esperados" (2015, p. 23). Dessa forma, reafirma-se, então, que a finalidade da *holding* é manter predominantemente ações de outras empresas, propiciando, assim, o controle de grupos empresariais e a concentração desses controles e evitando a destruição acionária do grupo em consequência de sucessivas alienações e heranças.

A constituição de uma *holding* visa, de forma pertinente, a uma atenuação da carga tributária, ao planejamento sucessório e a um retorno de capital sob a forma de lucros e dividendos sem tributação (TEIXEIRA, 2009). Nesse sentido, cabe à sociedade *holding* titularizar o patrimônio

do empresário, momento em que haverá benefícios tributários, uma vez que não ocorre a incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) ao se integralizar o capital social com imóveis – se a *holding* não tiver atividade imobiliária, conforme define o art. 156, inciso II, da Constituição Federal de 1988[8], será dispensada a escritura pública.

A *holding*, como vem sendo explanado no decorrer deste trabalho, viabiliza incentivos fiscais no que diz respeito à sua constituição, o que significa uma verdadeira atração aos empresários. Além do mais, o artigo legal supracitado, que ampara a constituição de *holdings*, informa que estas podem ter como único fim a economia tributária.

Na formação da *holding*, ocorre a transferência de patrimônio de uma pessoa a outra para a integralização do capital social, o qual pode ser formado de bens móveis ou imóveis ou mesmo de direitos, ativos e passivos. Teixeira (2007) discute que os bens e direitos transferidos para essa constituição podem ter tanto o valor de mercado quanto o valor que consta na Declaração de Bens:

> Se a entrega for feita pelo valor constante da Declaração de Bens, a pessoa física deverá lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não lhes aplicando as regras de distribuição disfarçadas de lucros. Se a transferência não se fizer pelo valor constante da Declaração de Bens, a diferença maior será tributável como ganho de capital (TEIXEIRA, 2007 apud SOUZA; SANTOS, 2014).

Assim, no momento da integralização dos bens, se a opção for pelo valor escritural, não ocorrerá a incidência do imposto de renda, enquanto que, se for pelo valor de mercado, a quantia que ultrapassar será abalizada como ganho de capital. A esse respeito, Teixeira (2007 apud SOUZA; SANTOS, 2014) menciona, ainda, que o mesmo se aplica à integralização do capital da *holding* por uma pessoa jurídica, por meio de bens de seu ativo financeiro, uma vez que tal integralização poderá ser feita pelo valor de mercado ou pelo valor contábil.

Destaca-se que, caso se opte pelo valor de mercado, a diferença entre o valor contábil e o de mercado incidirá tributos aplicáveis sobre a empresa que os transfere (TEIXEIRA, 2007 apud SOUZA; SANTOS, 2014). Zanetti (2012, p. 49) partilha do mesmo entendimento:

> Importa salientar que na *holding* controladora (pura) há tratamento tributário incentivado. Relativamente ao IRPJ/CSLL, às receitas operacionais apuradas pela *holding* serão aplicáveis as mesmas regras a que estão sujeitas as demais pessoas jurídicas, de acordo com o regime tributário adotado. Já os resultados e dividendos auferidos em decorrência das participações societárias, ou seja, os lucros recebidos como sócias e outras sociedades empresárias, não serão tributados (Artigo 10 da Lei n.º 9.249/95)[9].

[8] "Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...] II - transmissão 'inter vivos', a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição". Fonte: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

[9] "Art. 10. Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior". Fonte: BRASIL. **Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

Além disso, na sua constituição, a *holding* pode optar pelo regime de tributação com base no lucro real[10] ou presumido[11], uma vez que não pode optar pela tributação Simples Nacional em conformidade com a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, pois uma empresa pertencente ao Simples Nacional não pode participar do capital de outra empresa[12].

No caso da *holding* pura, a receita prevalecente é configurada por lucros e dividendos ou por resultado positivo da avaliação dos investimentos pela paridade patrimonial, não estando sujeita à tributação pelo Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ). No tocante às receitas de outras atividades desenvolvidas pela *holding* mista, os ganhos de capital na alienação de bens, na distribuição de lucros e na forma de escrituração devem observar as normas de tributação aplicáveis a qualquer empresa – em conformidade com o regime fiscal adotado: seja lucro real ou presumido.

Atenuam-se, nesse ínterim, pela tributação de lucro real, os resultados negativos apurados na avaliação de participações societárias que não são dedutíveis, carecendo de adição ao lucro líquido para o arrojo do lucro real, conforme fundamentação legal prevista pelos arts. 223, § 1º, inciso III, alínea c; 225, 519, § 1º, inciso III, alínea c; e 521 do Decreto n.º 3.000/1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99[13]) (ZANOTTI, 2015).

---

[10] "A apuração do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL) pode ser feita de três formas: 1. Lucro Real (apuração anual ou trimestral); 2. Lucro Presumido e 3. Simples Nacional (opção exclusiva para Microempresas e Empresas de Pequeno, para por tanto não cabe aqui exemplificar). No Lucro Real Anual a empresa deve antecipar os tributos mensalmente, com base no faturamento mensal, sobre o qual se aplicam percentuais predeterminados, de acordo com o enquadramento das atividades, para obter uma margem de lucro estimada (estimativa), sobre a qual recai o IRPJ e a CSLL, de forma semelhante ao Lucro Presumido. No Lucro Real trimestral, o IRPJ e a CSLL são calculados com base no resultado apurado no final de cada trimestre civil, de forma isolada. Portanto, nesta modalidade, teremos durante o ano 4 (quatro) apurações definitivas, não havendo antecipações mensais como ocorre na opção de ajuste anual". Fonte: PORTAL TRIBUTÁRIO. **Lucro real, presumido ou simples?** Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br/noticias/lucroreal_presumido.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

[11] O IRPJ e a CSLL pelo Lucro Presumido é apurado trimestralmente. A alíquota de cada tributo (15% ou 25% de IRPJ e 9% da CSLL) incide sobre as receitas com base em percentual de presunção variável (1,6% a 32% do faturamento, dependendo da atividade). Este percentual deriva da presunção de uma margem de lucro para cada atividade (daí a expressão Lucro Presumido) e é predeterminado pela legislação tributária. Destaque-se, no entanto, que nem todas as empresas podem optar pelo lucro presumido, pois há restrições relativas ao objeto social e o faturamento. O limite da receita bruta para poder optar pelo lucro presumido, a partir de 2014, é de até R$ 78 milhões da receita bruta total, no ano-calendário anterior. Outra análise a ser feita é que as empresas tributadas pelo Lucro Presumido não podem aproveitar os créditos do PIS e da COFINS, por estarem fora do sistema não cumulativo, no entanto recolhem com alíquotas mais baixas. Portanto, a análise do regime deve ser realizada considerando a repercussão no IRPJ, na CSLL, no PIS e na COFINS. Fonte: PORTAL TRIBUTÁRIO. **Lucro real, presumido ou simples?** Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br/noticias/lucroreal_presumido.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

[12] Diz respeito às Microempresas (ME) ou às Empresas de Pequeno Porte, conforme lista atualizada em função da Lei Complementar n.º 128 de 19 de dezembro de 2008:

"Art. 56. As microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão realizar negócios de compra e venda de bens, para os mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específica nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo federal.

§ 5º A sociedade de propósito específico de que trata este artigo não poderá: [...] III – participar do capital de outra pessoa jurídica". Fonte: BRASIL. **Lei complementar n.º 128, de 19 de dezembro de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp128.htm>. Acesso em: 21 out. 2016.

13 "Art. 223. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de oito por cento sobre a receita bruta auferida mensalmente, observadas as disposições desta Subseção:

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de: [...]

III - trinta e dois por cento, para as atividades de:

c) administração, locação ou cessão de bens imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza; [...]

Art. 225. Os ganhos de capital, demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo artigo anterior, serão acrescidos à base de cálculo de que trata esta Subseção, para efeito de incidência do imposto.

Ressalta-se, ainda, que a *holding* se sujeita à incidência da contribuição social sobre o lucro, já que está sujeita também à incidência das Contribuições ao Programa de Integração Social (PIS), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Da mesma forma, está sujeita à contenção do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre o pagamento dos serviços profissionais previstos nos arts. 647, 649 e 651 do RIR/99[14], considerando-se a alíquota de 4,65% na forma profetizada na Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal (SRF) n.º 459/2004 (YOUNG, 2008).

---

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica aos rendimentos tributados pertinentes às aplicações financeiras de renda fixa e renda variável, bem como aos lucros, dividendos ou resultado positivo decorrente da avaliação de investimento pela equivalência patrimonial;

§ 2º O ganho de capital, nas alienações de bens do ativo permanente e de aplicações em ouro não tributadas como renda variável, corresponderá à diferença positiva verificada entre o valor da alienação e o respectivo valor contábil. [...]

Art. 519. Para efeitos do disposto no artigo anterior, considera-se receita bruta a definida no art. 224 e seu parágrafo único.

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de [...]

III - trinta e dois por cento, para as atividades de:

c) administração, locação ou cessão de bens, imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza. [...]

Art. 521. Os ganhos de capital, os rendimentos e ganhos líquidos auferidos em aplicações financeiras, as demais receitas e os resultados positivos decorrentes de receitas não abrangidas pelo art. 519, serão acrescidos à base de cálculo de que trata este Subtítulo, para efeito de incidência do imposto e do adicional, observado o disposto nos arts. 239 e 240 e no § 3º do art. 243, quando for o caso:

§ 1º O ganho de capital nas alienações de bens do ativo permanente e de aplicações em ouro não tributadas como renda variável corresponderá à diferença positiva verificada entre o valor da alienação e o respectivo valor contábil.

§ 2º Os juros e as multas por rescisão contratual de que tratam, respectivamente, os arts. 347 e 681 serão adicionados à base de cálculo.

§ 3º Os valores recuperados, correspondentes a custos e despesas, inclusive com perdas no recebimento de créditos, deverão ser adicionados ao lucro presumido para determinação do imposto, salvo se o contribuinte comprovar não os ter deduzido em período anterior no qual tenha se submetido ao regime de tributação com base no lucro real ou que se refiram a período no qual tenha se submetido ao regime de tributação com base no lucro presumido ou arbitrado.

§ 4º Na apuração de ganho de capital, os valores acrescidos em virtude de reavaliação somente poderão ser computados como parte integrante dos custos de aquisição dos bens e direitos se a empresa comprovar que os valores acrescidos foram computados na determinação da base de cálculo do imposto". Fonte: BRASIL. **Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3000.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

14 "Art. 647. Estão sujeitas à incidência do imposto na fonte, à alíquota de um e meio por cento, as importâncias pagas ou creditadas por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas, civis ou mercantis, pela prestação de serviços caracterizadamente de natureza profissional:

§ 1º Compreendem-se nas disposições deste artigo os serviços a seguir indicados:

1. administração de bens ou negócios em geral (exceto consórcios ou fundos mútuos para aquisição de bens); 2. advocacia; 3. análise clínica laboratorial; 4. análises técnicas; 5. arquitetura; 6. assessoria e consultoria técnica (exceto o serviço de assistência técnica prestado a terceiros e concernente a ramo de indústria ou comércio explorado pelo prestador do serviço); 7. assistência social; 8. auditoria; 9. avaliação e perícia; 10. biologia e biomedicina; 11. cálculo em geral; 12. consultoria; 13. contabilidade; 14. desenho técnico; 15. economia; 16. elaboração de projetos; 17. engenharia (exceto construção de estradas, pontes, prédios e obras assemelhadas); 18. ensino e treinamento; 19. estatística; 20. fisioterapia; 21. fonoaudiologia; 22. geologia; 23. leilão; 24. medicina (exceto a prestada por ambulatório, banco de sangue, casa de saúde, casa de recuperação ou repouso sob orientação médica, hospital e pronto-socorro); 25. nutricionismo e dietética; 26. odontologia; 27. organização de feiras de amostras, congressos, seminários, simpósios e congêneres; 28. pesquisa em geral; 29. planejamento; 30. programação; 31. prótese; 32. psicologia e psicanálise; 33. química; 34. radiologia e radioterapia; 35. relações públicas; 36. serviço de despachante; 37. terapêutica ocupacional; 38. tradução ou interpretação comercial; 39. urbanismo; 40. veterinária.

§ 2º O imposto incide independentemente da qualificação profissional dos sócios da beneficiária e do fato desta auferir receitas de quaisquer outras atividades, seja qual for o valor dos serviços em relação à receita bruta. [...]

Art. 649. Estão sujeitos à incidência do imposto na fonte à alíquota de um por cento os rendimentos pagos ou creditados por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas civis ou mercantis pela prestação de serviços de limpeza, conservação, segurança, vigilância e por locação de mão-de-obra. [...]

Art. 651. Estão sujeitas à incidência do imposto na fonte, à alíquota de um e meio por cento, as importâncias pagas ou creditadas por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas:

I - a título de comissões, corretagens ou qualquer outra remuneração pela representação comercial ou pela mediação na realização de negócios civis e comerciais;

II - por serviços de propaganda e publicidade.

Cabe frisar, a esse respeito, a alegação de Prado, Peixoto e Santi (2011, p. 194):

> Apesar de focalizarmos o estudo na descrição do feixe de regras tributárias que incidem sobre a transmissão de patrimônio, a advertência acima assume relevo no sentido de que o tipo de estrutura a ser adotada deve levar em conta todos aqueles fatores em conjunto, o que implica assumir que, nem sempre, a estrutura mais barata sob o ponto de vista tributário é a mais convenente.

Algumas vezes, sob o aspecto tributário, o planejamento significa tão somente o adiantamento parcial do fato jurídico tributário (fato gerador), como ocorre no exemplo típico da integralização de bens em *holding* imobiliária com posterior distribuição de nua propriedade de cotas aos herdeiros. Neste caso, ao ocorrer a consolidação da propriedade plena nas mãos dos herdeiros devido à abertura da sucessão, deverá ser pago o restante do tributo. A vantagem seria meramente a de organizar a transmissão do patrimônio. Enfim, economia tributária pode ocorrer, mas dependerá de informações obtidas a partir da situação concreta avaliada (PRADO; PEIXOTO; SANTI, 2011).

Zanetti, por sua vez, afirma que:

> Incumbe a *holding* nessa situação a estabilização de condutas compassadas, consoante de acordo com as melhores rotinas tributárias, dos quais o intento faça-se, além da economia no recolhimento tributário, o não acontecimento de erros e prejuízos. Auferindo, por conseguinte, a rentabilidade da economia ocorrida no momento em que se passa a calcular o imposto de renda da pessoa jurídica, e não da pessoa física. De maneira precisa é o que se efetua cada vez que há essa organização, gestão, do grupo empresarial em *holding* (2012, p. 49).

Rocha Júnior, Araújo e Souza (2015) discorrem sobre o planejamento tributário de forma simplificada, explicando que, se uma pessoa física receber R$ 225.000,00 anuais resultantes de aluguéis, por exemplo, será tributada em até 27,5% pelo Imposto de Renda sobre os valores recebidos, enquanto que uma empresa optante, tendo em vista o mesmo exemplo, pelo lucro presumido terá essa tributação reduzida a 11,33% – 3% de COFINS, 0,65% de PIS, 4,80% de IRPJ e 2,88% de CSLL. Dessa forma, é possível notar que o uso do lucro presumido é um grande chamativo, podendo ser estendido para sociedades cujo faturamento anual não exceda o limite da receita bruta do regime, já mencionado, ressalvadas algumas atividades impedidas de optar por esse sistema, conforme definido no art. 14 da Lei n.º 9.718/1998[15].

---

§ 1º No caso do inciso II, excluem-se da base de cálculo as importâncias pagas diretamente ou repassadas a empresas de rádio e televisão, jornais e revistas, atribuída à pessoa jurídica pagadora e à beneficiária responsabilidade solidária pela comprovação da efetiva realização dos serviços.

§ 2º O imposto descontado na forma desta Seção será considerado antecipação do devido pela pessoa jurídica". Fonte: BRASIL. **Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3000.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

[15] "Art. 14. Estão obrigadas à apuração do lucro real as pessoas jurídicas:

I - cuja receita total no ano-calendário anterior seja superior ao limite de R$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) ou proporcional ao número de meses do período, quando inferior a 12 (doze) meses;

II - cujas atividades sejam de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras de títulos, valores mobiliários e

O mesmo afirma Mamede (2012), ao ressaltar que a *holding* tem uma indispensável discrepância, que merece ser mencionada, no que diz respeito a essa conjunção do Direito Societário com relação a outras extensões do Direito. Nesse momento, fica perceptível que o sistema jurídico é uno: apesar de suas ramificações, visa proteger o empresário/cidadão, o qual, por sua vez, objetiva um desembaraço patrimonial e negocial, do mesmo modo que anseia por manter seu patrimônio íntegro como legado para seus descendentes (MAMEDE, 2012).

CONCLUSÃO

O Direito Empresarial, como discutido no presente trabalho, tem grande importância para o desenvolvimento da atividade econômica do país. Dessa forma, conhecer o funcionamento das sociedades, em geral, e da *holding*, de forma específica, possibilita aos operadores do Direito a utilização desse modelo de organização societária, especialmente para os grupos de empresas.

Diante disso, o objetivo deste estudo foi analisar o Direito Empresarial, bem como a caracterização da *holding*, discorrendo acerca de suas vantagens e sua aplicação. Para isso, primeiramente, abordou-se o Direito Empresarial, atentando à sua evolução, à sua classificação e ao seu conceito. Após, discutiu-se a *holding* em si, destacando sua evolução, sua classificação, sua natureza jurídica e seu tipo societário, bem como os objetivos e as vantagens de sua utilização pelo grupo de empresas.

A partir disso, pondera-se, então, que a *holding* figura como uma constituição para a pessoa física e como uma complementação técnica e administrativa para a pessoa jurídica. Todavia, é essencial observar suas diferenças, isto é, seu o objeto social.

Na *holding* pura, o objeto social pode ser a participação no capital ou nos lucros de outras sociedades nacionais ou estrangeiras, na conjunção de acionista, sócia ou quotista em caráter permanente ou temporário, como controladora ou minoritária. Já na *holding* mista, o objeto social pode ser a administração de patrimônio próprio, tal como a sua locação, e a participação no capital ou nos lucros de outras sociedades nacionais ou estrangeiras, na condição de acionista, sócia ou quotista em caráter permanente ou temporário, como controladora ou minoritária.

Em face de tudo o que foi mencionado acerca da constituição de *holdings,* verifica-se que esse tipo societário é um mecanismo perfeitamente viável e basilar na atualidade, em razão de trazer aparatos e cláusulas que se propõem a criar um sistema de controle sobre outras sociedades, bem como evitar a dissipação do patrimônio.

---

câmbio, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização e entidades de previdência privada aberta;

III - que tiverem lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundo do exterior;

IV - que, autorizadas pela legislação tributária, usufrua de benefícios fiscais relativos à isenção ou redução do imposto;

V - que, no decorrer do ano-calendário, tenham efetuado pagamento mensal pelo regime de estimativa, na forma do art. 2° da Lei n° 9.430, de 1996;

VI - que explorem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring).

VII - que explorem as atividades de securitização de créditos imobiliários, financeiros e do agronegócio". Fonte: BRASIL. **Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9718.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

Assim, a *holding* é uma continuidade atuante nos grupos societários, visando à integridade de diretrizes administrativas e de foco de atenção da empresa. Nesse sentido, os resultados deste estudo indicam que, com um objeto social claro e definido, a sociedade *holding* caracteriza-se não como uma espécie societária, mas como uma sociedade que participa de outras sociedades, controlando-as.

Ressalta-se, por fim, uma limitação do presente trabalho, que consistiu na existência de pouca bibliografia referente às *holdings*, já que são raros os autores brasileiros que publicam sobre o assunto. Além disso, embora este estudo forneça um aparato teórico acerca das *holdings*, não há um método único e predeterminado para a constituição desse tipo de sociedade, motivo pelo qual se faz necessário um estudo ímpar para cada empresa, levando-se em conta sua situação patrimonial e empresarial, bem como o desígnio dos patriarcas.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Acadêmico de Direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011

ALONSO, Félix Ruiz. Holding no Brasil. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 12, n. 10, p. 75-96, abr. 2003.

ALVES, Geraldo Gonçalves de Oliveira. **Sociedade Holding no Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

ANDRADE, Rômulo Garcia. **Burocracia e Economia na Primeira Metade do Século XIX:** A Junta do Comércio e as atividades artesanais e manufatureiras na Cidade do Rio de Janeiro, 1808-1850. 1980. 86 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 1980.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 21 out. 2015.

_____. **Decreto n.º 2.521, de 20 de março de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2521.htm>. Acesso em: 17 nov. 2016.

_____. **Decreto n.º 3.000, de 26 de março de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3000.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

_____. **Lei complementar n.º 128, de 19 de dezembro de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp128.htm>. Acesso em: 21 out. 2016.

_____. **Lei n.º 4.117, de 27 de agosto de 1962**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 17 nov. 2016.

_____. **Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

_____. **Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

_ _ _ _ _ _. **Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9718.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BULGARELLI, Waldirio. **Direito Comercial**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti et al., **Direito de Empresas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FORGIONI, Paula A. **A Evolução do Direito Comercial:** Da mercancia ao mercado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FRANCO, Vera Helena de Melo. **Manual de Direito Comercial:** O comerciante e seus auxiliares, o estabelecimento comercial, as sociedades comerciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FURTADO, Wilson. **Curso de Direito Comercial**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

LODI, Edna Pires; LODI, João Bosco. **Holding**. 4. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAMEDE, Gladson; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Blindagem Patrimonial e Planejamento Jurídico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial:** empresa comercial, empresários individuais, sociedades comerciais, fundo de comércio. Rio de Janeiro: Forense, 1984. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&id=sxpGAAAAYAAJ&dq=Curso+de+direito+comercial*%3A+empresa+comercial%2C+empresarios+individuais%2C+microempresas%2C+sociedades+comerciais%2C+fundo+de+comercio+%2F+Fran+Martins&focus=searchwithinvolume&q=OS+GRUPOS+SOCIAIS+PROCURAVAM>.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Holding, administração corporativa e unidade estratégica de negócio:** uma abordagem prática. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PORTAL TRIBUTÁRIO. **Lucro real, presumido ou simples?** Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br/noticias/lucroreal_presumido.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

PRADO, Roberta Nioac; PEIXOTO, Daniel Monteiro; SANTI, Eurico Marcos Diniz (Orgs).. **Direito Societário:** estratégias societárias, planejamento tributário e sucessório. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial:** Esquematizado. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

REBELO, Nikolai Sosa. Sociedades Holding e suas funções estratégicas. **Revista Jurídica Empresarial**, Porto Alegre, v. 3, n. 17, p. 113-134, nov./dez. 2010.

REDECKER, Ana Cláudia; BONDAN, Heloisa Korb. A holding familiar como instrumento de efetivação do planejamento sucessório. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 447, p. 45-92, jan. 2015.

ROCHA JÚNIOR, Arlindo Luiz; ARAUJO, Elaine Cristina de; SOUZA, Katia Luiza de. **Holding** – Aspectos contábeis, societários e tributários. 2. ed. São Paulo: IOB SAGE, 2015.

SOUZA, Gustavo Lopes de; SANTOS, Thaynara Suzany Gonçalves dos. O planejamento tributário com a constituição de holding familiar. **Revista Fórum de Direito Tributário:** RFDT, Belo Horizonte, v. 12, n. 72, p. 51-103, nov./dez. 2014.

TEIXEIRA, João Alberto Borges. Holding Familiar. Tipo societário e seu regime de tributação. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, ano 17, n. 85, p. 234-247, mar./abr. 2009.

VIDO, Elisabete. **Curso de Direito Empresarial**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

YOUNG, Lucia Helena Briski. **Manual Básico de Direito Empresarial** - Com Ênfase no Direito Tributário. Revista e Atualizada. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora. 2008.

ZANETTI, Robson. Holdings: estratégias de negócios, proteção patrimonial e sucessão em empresa familiar. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo, v. 16, n. 367, p. 48-50, maio 2012.

ZANOTTI, Célia Maria Boron. **Planizza -** Escritório de Contabilidade, 30 abr. 2015. Disponível em: <http://blog.planizza.com.br/2015/04/holding.html>. Acesso em: 11 out. 2016.

ZUCCHI, Maria Cristina. **Direito de Empresa**. São Paulo: Harbra, 2004.

O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO COMO PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE DE UNIDADE AUTÔNOMA PERTENCENTE À INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Gabriela Stocco Diehl Machado[1]
Luís Augusto Stumpf Luz[2]

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa trata sobre a proteção do adquirente de unidade autônoma pertencente à incorporação imobiliária, especialmente acerca do patrimônio de afetação e sua importância como instrumento de efetivação da proteção mencionada. O problema de pesquisa a ser respondido abrange os seguintes questionamentos: quais são as normas protetoras do adquirente de unidade autônoma pertencente à incorporação imobiliária existentes na legislação brasileira? Como o patrimônio de afetação atua como mecanismo de proteção do adquirente?

Objetiva-se explicar brevemente a constitucionalização do Direito Civil e analisar o surgimento da função social atribuída à propriedade e ao contrato. Pretende-se apresentar noções gerais sobre a regulamentação da atividade da incorporação imobiliária no Brasil, bem como sua relevância econômica e social; verificar quais são os mecanismos protetores do adquirente de unidade autônoma pertencente à incorporação, averiguar se as normas do Código de Defesa do Consumidor podem ser aplicadas à incorporação imobiliária, descrever os principais direitos e deveres do incorporador e do adquirente de unidade autônoma pertencente à incorporação imobiliária, discorrer sobre o patrimônio de afetação, sua instituição, seus efeitos práticos e sua extinção.

A pesquisa está organizada em dois capítulos. No primeiro capítulo será abordada a constitucionalização do Direito Civil, por meio da qual a Constituição passou a ocupar posição de máxima importância no ordenamento jurídico brasileiro. Será relatada a evolução da legislação civil no tocante aos conceitos de propriedade e de contrato, bem como o surgimento da função social atribuída a estes institutos.

No capítulo seguinte será conceituada a incorporação imobiliária, narrando os motivos e o contexto histórico do seu surgimento, bem como sua importância social e econômica. Serão apresentados os diplomas legais que a regulam e as características do incorporador. Será abordada a proteção dos adquirentes das unidades imobiliárias pertencentes à incorporação e verificada a possibilidade de aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor às relações geradas em decorrência do contrato de incorporação. Por fim, será conceituado o patrimônio de afetação, sua finalidade, seus efeitos práticos e seus meios de extinção.

O nível de pesquisa utilizado será o descritivo. Serão descritos aspectos históricos e conceitos, e haverá análise da legislação, da doutrina e de algumas decisões judiciais relativas ao

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: gabii_sd@hotmail.com.
[2] Doutor em Direito pela Universidade de Burgos. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: augustoluz@hotmail.com.

tema. O método de abordagem será o dedutivo. As técnicas e métodos de procedimento utilizados serão a pesquisa bibliográfica e documental.

A motivação para a presente pesquisa surgiu em decorrência do interesse pelo Direito Imobiliário, gerado pelo exercício de atividade profissional na área notarial, bem como pela percepção de que a incorporação imobiliária, além de proporcionar circulação econômica e geração de empregos, constitui importante instrumento de concretização do direito à moradia. Atentando ainda à importância da proteção do capital investido pelo adquirente na compra de um imóvel cuja construção ainda não se iniciou ou que ainda está em andamento, manifestou-se o interesse pelo tema, que é relativamente pouco investigado.

Espera-se, portanto, que a presente pesquisa contribua para ampliar o conhecimento de todos acerca deste tema tão atual e, muitas vezes, não conhecido nem pelas próprias partes do contrato de incorporação imobiliária, em especial seus adquirentes, nem por muitos dos operadores do direito.

PROPRIEDADE, CONTRATO E FUNÇÃO SOCIAL

O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Trazendo o indivíduo como valor fundamental, o Código Civil Brasileiro de 1916 originou-se na doutrina individualista e voluntarista, decorrente do Código de Napoleão. A principal marca de sua filosofia era a liberdade que proporcionava a aquisição e transferência de bens e a circulação de riquezas sem intervenções legais (TEPEDINO, 2008).

Entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, diversos assuntos referentes à pessoa humana alcançaram nível constitucional, de modo que se tornou fundamental uma reforma na visão do Direito Civil, incluindo a reorganização do próprio Código Civil. Surgiu, então, a necessidade de um novo estudo, chamado por vários autores de Direito Civil Constitucional, estabelecendo a constituição, e não mais o Código Civil, como o conjunto de normas central do ordenamento jurídico (LOTUFO, 2006).

Paulo Luiz Netto Lôbo (1999, p. 100) destaca que houve uma considerável mudança de comportamento a ser adotada, que consistiu em proceder à interpretação do Código Civil de acordo com a Constituição e não da Constituição conforme o Código. Define ainda, a constitucionalização, como "o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional".

Hoje, sabe-se que é indiscutível que o texto constitucional, hierarquicamente sempre será a fonte principal do sistema, o guia que norteará os valores fundamentais do mesmo, por refletir seus princípios fundantes (LOTUFO, 2006).

Diversos são os exemplos característicos desta nova visão. Na ótica da presente pesquisa, o artigo 170 da Constituição Federal elenca os princípios gerais da atividade econômica. O

intérprete, por sua vez, terá o encargo de priorizar valores que favorecem à coletividade quando contrapostos aos valores patrimoniais (MORAES, 2010).

A inclusão de institutos de direito civil pertencentes à ordem pública, tais como o contrato, a propriedade e a família, relaciona-se com a projeção dos princípios constitucionais no âmbito da liberdade individual. A intervenção constitucional no plano da autonomia privada teve como consequência a construção de uma nova ordem pública, adequada aos fundamentos e objetivos fundamentais constitucionais (TEPEDINO, 2009).

Foram, portanto, bastante significativas as mudanças ocorridas desde o período em que se sucedeu a elaboração e vigência do Código Civil de 1916, que, além de ser marcadamente patrimonialista e fazer predominar o individualismo, ocupava posição central na ordem jurídica, até a época atual, em que há uma maior preocupação com a coletividade e com o cumprimento da função social da propriedade, e na qual a constituição atua como guia de todo o ordenamento. Tais mudanças são sublinhadas na evolução do conceito de propriedade, bem como o de contrato, a seguir examinados.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

No Brasil, a década de 1950 caracterizou-se pelo desenvolvimento do fenômeno da urbanização. A partir desta e na década seguinte, ocorreu a migração populacional das áreas rurais para as áreas urbanas, que se tornaram os grandes polos de atração da época (ALBUQUERQUE, 2001). A procura por melhores condições de vida, trabalho e evolução financeira, motivou a migração do campo para a cidade. Entretanto, a migração, aliada à falta de planejamento e à falha das municipalidades no sentido de prover a infraestrutura necessária para acolher a demanda de migrantes, causou a formação de favelas em volta dos centros urbanos (PEREIRA, 2003).

Apesar de pertencer a uma época em que somente 10% da população vivia em cidades, o Código Civil de 1916 continuou a vigorar durante o decorrer do processo de urbanização no Brasil, orientando os estudos jurídicos referentes ao processo. Por muito tempo, o referido diploma legal dificultou as tentativas de intervenção estatal no controle da utilização do solo urbano, em razão da abordagem liberal e individualista dada pelo Código ao direito de propriedade (FERNANDES, 1998).

De fato, em decorrência dos problemas sociais ocasionados pela urbanização, tornou-se incontestável a necessidade da determinação de um planejamento urbano, em torno do uso e aproveitamento do solo, observada a perspectiva humanitária disposta na previsão constitucional acima referida (RUSSO JÚNIOR, 2003).

Então, em conformidade com tal fundamentação constitucional, foi instituído, pela Lei nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, que tem o objetivo de regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, bem como estabelecer diretrizes gerais da política urbana (CARVALHO FILHO, 2005).

Atribuir uma função social à propriedade e ao contrato significa que cada instituto terá um objetivo a cumprir, e ainda, que ao mesmo tempo em que ao titular do direito é conferido um poder, também é dado a ele o dever de cumprir a função a ele vinculada (SILVA, 2006).

Ricardo Aronne (1999, p. 182 e 183) afirma que a propriedade contemporânea está amparada por dois princípios jurídicos: o princípio da garantia da propriedade, que demonstra natureza individualista, defendendo o livre exercício da propriedade privada; e o princípio da função social da propriedade que retira seu caráter absoluto, prezando pelo interesse social. Tais princípios encontram-se positivados na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII, respectivamente. Um garante o direito de propriedade e o outro dispõe que "a propriedade atenderá a sua função social".

É possível concluir, através dos referidos dispositivos, que não há garantia da propriedade sem que seja atendida sua função social (TEPEDINO; SCHREIBER, 2005). Isto porque o direito à propriedade assegurado no inciso XXII somente será pleno, geral e irrestrito se o proprietário fizer uso do bem atendendo à sua função social (PEREIRA, 2003). Então, ao decorrer do tempo, passou a considerar-se a propriedade como um direito que satisfaz as necessidades de seu detentor, porém não de forma plena e absoluta, pois da mesma forma em que o proprietário pode exercer seu direito, há uma série de encargos sociais que lhe são exigidos (RODRIGUES, 2011).

Conforme já referido anteriormente, o artigo 170 da Constituição Federal cita os princípios da ordem econômica, que são regras às quais todo o desenvolvimento posterior deve obedecer (SILVA, 1996). Dentre eles encontram-se a propriedade privada e a função social da propriedade, sendo uma um pressuposto necessário da outra, pois somente referindo-se à propriedade privada faz sentido pensar na sua função social (GRAU, 2010).

Em razão disso, o Código Civil de 2002, apesar de mencionar as mesmas faculdades inerentes ao proprietário explicitadas no Código Civil de 1916, estabeleceu também, no parágrafo 1º do artigo 1228, a função social da propriedade:

> O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (GOMES, 2011, p. 105).

O estabelecimento da função social da propriedade demonstra que a característica absolutista do Código Civil revogado teve de render-se diante da visão de que a propriedade deve ser utilizada com observância à sua função social (MAZZEI, 2007).

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O artigo 421 do Código Civil Brasileiro dispõe que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Judith Martins-Costa (2002, p. 65) explica que, de acordo com este dispositivo, a função social passa a ser razão determinante no contrato, e não apenas uma limitação à autonomia de vontade das partes.

Caio Mário da Silva Pereira (2011), por sua vez, ressalva que deve ser preservada a liberdade de contratar mencionada no texto legal, conferida às partes contratantes através da lei, pois o contrato não deixa de ter como finalidade a satisfação dos interesses das partes, mas sua função

social serve para estabelecer uma limitação à autonomia de vontade, e fazer prevalecer o interesse social.

Segundo Antônio Junqueira de Azevedo (1998), a função social atua de modo a assegurar que nem a coletividade, nem as partes do contrato sejam lesadas, incluindo os contratos numa ordem social harmônica. Considerando ser um instrumento de circulação de riquezas, o contrato estará atendendo à sua função social enquanto estiver promovendo esta continuidade das trocas econômicas (SILVA, 2006).

O contrato, além de cumprir outras finalidades, é o instrumento por meio do qual é efetuada a aquisição da propriedade. Assim, se à propriedade não é mais atribuído um caráter absoluto, o contrato também deve ultrapassar o âmbito dos interesses meramente individuais, e desempenhar uma função social perante a coletividade (MARTINS-COSTA, 2000). Desta forma, o princípio da função social da propriedade, assegurado no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal, somente será resguardado se for estendido também aos contratos (REALE, 2016).

Superada a visão individualista do contrato, para dar lugar à sua função social, o direito exerce, atualmente, função significativa para assegurar o equilíbrio das relações contratuais, tanto por meio da regulamentação de relações obrigacionais em geral, como por meio da intervenção legislativa em algumas espécies de contrato que demandam que a norma jurídica atue de forma mais direta, para garantir a segurança jurídica do contratante mais fraco, estabelecendo equilíbrio entre as partes na relação contratual. Em razão disso, foi necessário estabelecer um regime jurídico específico para certas atividades, entre elas a incorporação imobiliária e as relações de consumo (CHALHUB, 2005).

Notadamente, por todo o ora exposto, há de ser reconhecido o considerável avanço na história do Direito brasileiro, tanto no conceito do Direito de Propriedade, que passou a ser entendido como um relevante instrumento de recepção da função social, quanto no conceito de contrato, no qual a vontade dos contratantes deixou de ser absoluta e soberana, para dar lugar a novos princípios, que passaram a atuar promovendo a circulação econômica, observando a cooperação entre as partes e o benefício da coletividade.

A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

O CONCEITO DE INCORPORAÇÃO E SUA FUNÇÃO ECONÔMICA E SOCIAL

De acordo com os problemas com os quais a sociedade se depara em cada período histórico pelo qual ela passa, cabe ao jurista administrar os recursos cabíveis para proporcionar-lhes uma solução adequada (PEREIRA, 2016). Nesse sentido, o Direito, como ciência em constante evolução, prima em disciplinar as relações sociais em diferentes momentos históricos. Registra-se, então, a importância do capítulo I da presente investigação científica.

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira (2016) relata que um relevante problema que afligiu as cidades no momento histórico ocorrido durante e principalmente após o movimento de urbanização foi a crise habitacional. Em busca da superação deste problema, desenvolveram-se

técnicas de construção que proporcionaram maior proveito do espaço, por meio de edificações compostas de apartamentos.

Orlando Gomes (2011) também discorre sobre o fato, narrando que, nas zonas urbanas mais desenvolvidas, o crescimento do mercado imobiliário encontrou na construção de edifícios condominiais uma solução bastante apropriada para os problemas surgidos em decorrência do fenômeno da urbanização, tais como de habitação e concentração comercial. Entre outros, estes fatores ocasionaram o desempenho desta atividade efetuada muito frequentemente, através das relações contratuais que foi, posteriormente, tipificada como "incorporação imobiliária".

Em consonância com os autores antes citados, Maria Teresa Pereira de Castro Ascensão (2011) narra as mesmas dificuldades enfrentadas pelas zonas urbanas, acrescentando ainda a importância de apoiar a propriedade da habitação familiar.

Considerando-se os motivos então relatados, é manifesto que dificilmente um só proprietário conseguiria realizar a edificação de um grande edifício fazendo uso exclusivamente de recursos próprios, o que tornou indispensável a disciplina de tal relação de cooperação mútua (PEREIRA, 2016).

Então, a Lei 4.591/64 tipificou esta atividade como incorporação imobiliária, definindo-a, no parágrafo único de seu artigo 28, como "a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas".

O objeto da atividade de incorporação imobiliária é a realização de edificações coletivas, formadas por unidades imobiliárias entre si vinculadas, em razão de pertencerem a um mesmo condomínio. Este negócio jurídico gera um novo bem imóvel e institui um direito de propriedade sobre este bem, de modo que o terreno sobre o qual a edificação é construída é fracionado e o direito de propriedade que recaia sobre ele transforma-se em vários direitos de propriedade, correspondentes às unidades autônomas construídas sobre o terreno em planos horizontais. A estas unidades vinculam-se as frações ideais em que o terreno foi dividido, bem como as correspondentes áreas de utilização comum do edifício. Este novo direito atribuído às unidades é então concedido aos seus respectivos adquirentes (CHALHUB, 2005).

Arnoldo Wald (2012) define o contrato de incorporação imobiliária como aquele em que o incorporador se compromete a promover a construção, em regime condominial, de unidades autônomas de um edifício, efetuando sua venda aos compradores, juntamente com as respectivas frações ideais do terreno onde será construída a edificação.

Necessariamente, em toda incorporação estará presente a figura do incorporador. Ele não precisa exercer a atividade de forma habitual. O incorporador pode ser pessoa física ou jurídica, profissional ou não, pois o que o qualifica como tal e lhe traz a responsabilidade de incorporador é a promoção de um empreendimento e a concomitante realização da venda das futuras unidades condominiais ainda não concluídas, vinculadas às frações ideais no terreno (PEREIRA, 2011).

A Lei 4.591/64, conceitua, em seu artigo 29, a figura do incorporador. Determina ainda, que o incorporador pode ser o proprietário do terreno, seu promitente comprador, bem como o cessionário ou promitente cessionário deste. Também permite que seja o construtor ou corretor de

imóveis, ou então o ente federativo empossado em razão de processo judicial de desapropriação em curso ou seu cessionário.

Em síntese, não é possível definir o incorporador de uma única forma. Algumas vezes realiza a construção do empreendimento, outras atua intermediando o negócio, ou financiando a obra. Seja qual for a sua espécie de atuação, ele será sempre aquele que impulsionará a realização do empreendimento (MEIRELES, 1996).

FUNÇÃO SOCIAL E ECONÔMICA DO CONTRATO DE INCORPORAÇÃO

No contrato de incorporação imobiliária, a função social manifesta-se claramente. Isto porque os adquirentes das unidades imobiliárias pertencentes a determinado empreendimento a ser desenvolvido sob o regime da incorporação imobiliária estão vinculados pela mesma finalidade, estando expostos aos mesmos efeitos, que ultrapassam a esfera individual de cada contrato, atingindo a coletividade de membros da incorporação, notadamente os adquirentes. Há uma dependência mútua neste tipo de contrato, porque o descumprimento das obrigações por qualquer uma das partes afetará as demais, em razão da singularidade econômica característica da incorporação imobiliária (CHALHUB, 2013).

Ainda no que se refere à função social, a incorporação imobiliária constitui um instrumento de contribuição à implementação do direito à moradia, pois facilita, especialmente para a classe média, a obtenção de moradia através de recursos financeiros privados, sem o auxílio do governo, o que também é benéfico para o Estado, que não dispõe de recursos financeiros para oferecer a todos o direito à moradia (TUTIKIAN, 2006).

Quanto ao seu aspecto econômico, a incorporação imobiliária também exerce papel significante no que diz respeito ao financiamento habitacional privado, por proporcionar aos adquirentes uma taxa de juros mais baixa (TUTIKIAN, 2011). Neste mesmo seguimento, verifica-se também que o governo conta com a construção civil para criação de novos empregos e estímulo ao mercado imobiliário (TRISTÃO, 2009).

A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

O sistema de proteção do adquirente estabelecido pela Lei 4.591/64, embora antecessor do Código de Defesa do Consumidor, já era estruturado em consonância com os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, que, anos depois, vieram a orientar o referido código (CHALHUB, 2005).

Apesar da existência de diplomas legais pertinentes à incorporação imobiliária, esta espécie de contrato passou a ser equiparada a um contrato de consumo pelo Código de Defesa do Consumidor, que classifica o bem imóvel como produto, no que se refere às relações jurídicas de consumo, e considera a construção e a venda de imóveis atividades características do fornecedor (CHALHUB, 2001).

O Código de Defesa do Consumidor caracteriza, em seu artigo 3º, a pessoa do fornecedor. Ao examinar a figura do incorporador, pode-se facilmente visualizar o fornecedor, de acordo com o padrão estabelecido no referido artigo (BRITO, 2000). Já o conceito de consumidor está disposto no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Tendo em vista referidos conceitos, é manifesto que o incorporador pode ser caracterizado como um fornecedor de produtos ou serviços. Ao construir e promover a venda das unidades imobiliárias, o incorporador assume a obrigação de dar coisa certa, o que se enquadra na definição de produto. Já a obrigação de construir o empreendimento refere-se à obrigação de fazer por ele assumida, o que se ajusta à noção de serviço. Além disso, quando o incorporador assume essas obrigações perante alguém que adquire o imóvel com a finalidade de utilizá-lo como sua moradia e de sua família, está constituída a relação de consumo, aplicando-se, portanto, as normas do Código de Defesa do Consumidor (CAVALIERI FILHO, 1998).

A equiparação do contrato de incorporação imobiliária a um contrato de consumo não importa na revogação da legislação aplicável à incorporação imobiliária, que convive com o sistema de proteção estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor. Pelo contrário, os princípios da boa-fé e do equilíbrio do contrato, bem como as cláusulas gerais, expostas no Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se a todos os tipos de contrato, e devem guiar, juntamente com a legislação específica, a apreciação do contrato de incorporação imobiliária (CHALHUB, 2001).

A legislação mencionada busca assegurar o cumprimento da função social do contrato, por meio da realização da finalidade econômica da atividade de incorporação (CHALHUB, 2005). Para isso, confere deveres a serem cumpridos pelo incorporador em todas as fases da incorporação: antes de seu início, durante seu desenvolvimento, e até mesmo após a finalização e entrega das unidades aos adquirentes (GHEZZI, 2011).

Na incorporação imobiliária o incorporador assume uma obrigação de fazer, qual seja, a de realizar a construção do empreendimento, que poderá ser executada pelo próprio incorporador, ou por terceiros. Assume também a obrigação de dar, ou seja, de realizar a entrega e transferência das unidades autônomas aos seus respectivos adquirentes (GHEZZI, 2011).

É dever do incorporador, antes de oferecer e negociar as unidades autônomas, arquivar no Registro de Imóveis competente os documentos relativos ao empreendimento que promoverá, elencados no artigo 32 da Lei 4.591/64. Este rol de documentos é denominado "memorial de incorporação" e constitui ato jurídico fundamental do negócio jurídico da incorporação imobiliária, devendo ser, além de arquivado no Registro de Imóveis competente, registrado na matrícula do terreno onde será construído o empreendimento objeto da edificação. É por meio do memorial de incorporação que se faz presente, no momento de formação do contrato de incorporação, o dever de informação, elemento da boa-fé objetiva (CHALHUB, 2005).

O memorial de incorporação contém todas as informações referentes à edificação projetada, bem como os documentos de natureza jurídica, técnica, financeira e empresarial relacionados ao empreendimento. Estes documentos realizam função de organização do negócio, além de identificar e descrever cada uma das unidades autônomas e suas respectivas frações ideais

do terreno, possibilitando o conhecimento por parte dos possíveis adquirentes, sobre a unidade pela qual têm interesse e sobre os eventuais riscos de sua aquisição (CHALHUB, 2005).

Após ter sido devidamente registrada a incorporação, e suas unidades oferecidas à venda, deve ser efetuada a construção do empreendimento, que consiste na obrigação principal do incorporador e contempla a obrigação de cumprir o prazo ajustado para a conclusão do empreendimento, assim como de efetuá-lo conforme o projeto da edificação e nos termos do contrato firmado com cada adquirente, atentando, sempre, às normas públicas referentes ao desenvolvimento da construção (GHEZZI, 2011).

A Lei 4.591/64 dispõe, em seu artigo 43, sobre as normas a serem cumpridas pelo incorporador durante o andamento da obra, tais como o dever do incorporador de informar periodicamente aos adquirentes sobre o andamento das obras e a proibição da alteração do projeto da obra sem a devida autorização dos interessados, entre outras normas que demonstram a clara intenção de resguardar os direitos dos adquirentes.

É importante registrar a ressalva feita por Caio Mário da Silva Pereira de que, mesmo que caracterizada a notória vulnerabilidade da parte adquirente, o contrato de incorporação imobiliária é bilateral, ou seja, confere obrigações tanto ao incorporador quanto ao adquirente, e, apesar de a legislação enfatizar especialmente as obrigações do incorporador, as obrigações do adquirente também são de grande importância, visto que muitas vezes o insucesso de uma incorporação tem origem no inadimplemento de obrigações dos adquirentes (PEREIRA, 2016).

O Registro de Imóveis também constitui elemento relevante na proteção dos adquirentes, pois utiliza-se de instrumentos para garantia da segurança jurídica dos atos relacionados à constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis (CHALHUB, 2005). O registrador de imóveis não é apenas um observador do processo de registro da incorporação imobiliária, mas tem a importante atribuição de receber e analisar a documentação, verificar sua regularidade e determinar a correção das falhas, efetuar averbações, enfim, proceder a tudo que lhe compete em razão de sua investidura como oficial (PEREIRA, 2016).

Entretanto, devido à natureza dinâmica da atividade da incorporação imobiliária, as medidas protetivas já contidas na Lei 4.591/64 não proporcionaram total garantia do cumprimento das obrigações do incorporador, razão pela qual foi necessária a instituição de um instrumento jurídico capaz de assegurar a capacidade financeira do incorporador até o final da construção do empreendimento, com a correspondente entrega das unidades (ROCHA, 2005). Para tal, importa o estudo do patrimônio de afetação, objeto da presente investigação.

O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Mauro Antônio Rocha (2005, p.153 a 165), ao discorrer sobre o patrimônio, define-o como "uma universalidade de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, com expressão pecuniária, pertencente à pessoa natural ou jurídica".

Apesar da universalidade e unidade do patrimônio, é possível que determinados bens ou direitos sejam submetidos à afetação patrimonial, pela qual parte deles fica apartada do patrimônio

para atender a finalidades específicas. A afetação acarreta na indisponibilidade deste bem a outro destino que não aquele já estabelecido, bem como na nulidade de ato de transferência para o patrimônio de outrem e na garantia do exercício do direito de sequela por parte daquele que é beneficiado com a afetação (ROCHA, 2005).

O conjunto de bens que constitui a incorporação imobiliária, que abrange, entre outros elementos, o terreno, os recursos obtidos com a comercialização das unidades, as obrigações decorrentes do negócio, os deveres fiscais, trabalhistas e previdenciários, é passível de afetação, através da qual este conjunto de direitos e obrigações é separado e tem como única finalidade a finalização da obra e a entrega de suas unidades aos adquirentes (CHALHUB, 2005).

O patrimônio de afetação foi instituído como uma das providências utilizadas como estímulo para o mercado imobiliário brasileiro, com o objetivo de tornar as incorporações mais transparentes, aumentando sua credibilidade e proporcionando maior segurança jurídica às partes (TUTIKIAN, 2011). Trata-se de instituto concebido em perfeita harmonia com a concepção dos diplomas legais referidos ao longo do presente estudo, isto é, a Constituição Federal, o Código Civil Brasileiro de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor.

A Medida Provisória nº 2.221, de 04.09.2001 introduziu o patrimônio de afetação na legislação brasileira, com o propósito de garantir os direitos dos adquirentes de unidades autônomas em caso de ocorrer a falência ou insolvência civil do incorporador, bem como de resgatar a credibilidade deste tipo de operação imobiliária, que se encontrava fortemente abalada, em razão da recente decretação da falência da empresa denominada Encol S.A. Engenharia, Indústria e Comércio, incorporadora então responsável por grande número de incorporações em andamento no país (ROCHA, 2005).

Posteriormente, a Lei 10.931 de 2004 revogou a Medida Provisória nº 2.221, e inseriu na Lei nº 4.591/64 o capítulo I-A, composto pelos artigos 31-A a 31-F, que passaram a regular o regime de afetação patrimonial. O artigo 31-A apresenta a definição do regime da afetação patrimonial e deixa a critério do incorporador a decisão de submeter ou não a incorporação a este regime. Sobre a constituição do patrimônio de afetação, dispõe o artigo 31-B do mesmo diploma legal, que esta deve ser efetuada por meio de averbação, no Registro de Imóveis, de termo firmado pelo incorporador.

O objetivo do patrimônio de afetação é preservar a incorporação afetada em relação aos riscos que eventuais fracassos de outros empreendimentos da mesma incorporadora possam causar a ela. O propósito é que, independente do eventual insucesso de determinado empreendimento, a estabilidade econômico-financeira da incorporadora não seja prejudicada (CHALHUB, 2005).

Assim, o patrimônio de afetação tem como efeito principal o fato de que o empreendimento afetado não será prejudicado em caso de falência da incorporadora, pois não fará parte da massa falida da empresa (TUTIKIAN, 2011).

A facultatividade dada ao incorporador de instituir ou não o patrimônio de afetação é a grande razão pela qual este instituto não é utilizado da forma como deveria, apesar de ser um recurso bastante benéfico tanto para o incorporador, como para o adquirente. Considerando a natureza da atividade incorporativa, que se utiliza dos recursos de terceiros para finalizar o

empreendimento, e a relevância do patrimônio de afetação, a tendência natural é que a regulamentação deste instituto se torne mais rígida, determinando sua obrigatoriedade (TUTIKIAN, 2011).

Devido à natureza finalística do contrato de incorporação, sua extinção ocorre por meio da execução voluntária das obrigações assumidas pelos contratantes. Da parte do incorporador, este realiza a entrega das unidades aos adquirentes, devidamente individualizadas, com as respectivas matrículas no Registro de Imóveis. Da parte do adquirente, ele efetua o adimplemento do preço, conforme ajustado (PEREIRA, 1979).

Apesar de a extinção do contrato de incorporação não seguir um único procedimento, em regra, após a obtenção do habite-se, o incorporador solicita a cada um dos compradores que façam a vistoria do imóvel, para que, caso estiverem de acordo, recebam as chaves, ou então, façam suas exigências para que sejam reparadas as irregularidades constatadas (AVVAD; LIMA, 2001).

A forma natural de extinção relatada é uma das hipóteses que gera, também, a extinção do patrimônio de afetação, disposta no inciso I do artigo 31-E da Lei 4.591/64. As demais possibilidades são relativas à ocorrência da denúncia da incorporação, ou então da liquidação da incorporação, em caso de falência ou insolvência do incorporador.

Importa ressaltar, ainda, que, em razão de ter existência, validade e eficácia perante terceiros mediante sua publicidade registral, da mesma forma que o patrimônio de afetação é constituído mediante averbação de termo no Registro de Imóveis, também o seu cancelamento deverá ser ali averbado, independente do motivo pelo qual o patrimônio de afetação foi extinto (AGHIARIAN, 2012).

Não obstante, o instituto do patrimônio de afetação demonstra-se como um instrumento jurídico concebido para a segurança dos contratantes compradores, em sintonia com a constitucionalização da legislação infraconstitucional, assim como com os princípios que concebem o Código Civil Brasileiro, com ênfase ao da função social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa tratou sobre o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária. Percebeu-se que houveram mudanças significativas desde o período da elaboração e vigência do Código Civil de 1916 até o momento em que passou a vigorar o Código Civil de 2002, como o alcance de assuntos referentes à pessoa humana a nível constitucional, bem como uma maior preocupação com a coletividade. Concluiu-se que houve considerável avanço do conceito de Direito de Propriedade, que passou a consistir como instrumento de recepção da função social.

Ao abordar mais detalhadamente a função social do contrato, concluiu-se que a vontade dos contratantes deixou de ser absoluta e soberana, sendo relativizada por princípios que operam como incentivadores da atividade econômica, sem deixar de considerar a cooperação entre as partes e o benefício da coletividade.

Referente ao conceito de incorporação imobiliária e sua função econômica e social, observou-se que a prática da incorporação imobiliária surgiu em época de grande demanda

habitacional gerada pela urbanização, e que significou uma solução bastante apropriada para este problema. Verificou-se que a incorporação imobiliária desempenha evidente função econômica, promovendo a circulação de riquezas, arrecadando, através da venda das unidades, o valor necessário para concluir o empreendimento, além de estimular a construção civil. Também é manifesta a função social por ela exercida, tanto entre os adquirentes, que são vinculados pela mesma finalidade, bem como para a sociedade como um todo, ao proporcionar maior cumprimento do direito à moradia, facilitando o acesso ao imóvel próprio.

Sobre a possível incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de incorporação imobiliária, conclui-se que, quando o incorporador se caracteriza como fornecedor e o adquirente é alguém que se encontra na última etapa do ciclo de produção, caracterizando-se como consumidor, tem-se uma relação de consumo, aplicando-se, além das normas expostas na Lei 4.591/64, o Código de Defesa do Consumidor.

Constatou-se que as normas relativas à conduta do incorporador e do adquirente foram estabelecidas conforme os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das relações contratuais, visando o cumprimento da função social do contrato. Observou-se que, ainda que tais normas busquem assegurar ao máximo os direitos dos adquirentes, não apresentam total garantia do cumprimento das obrigações do incorporador, motivo pelo qual foi instituído o patrimônio de afetação.

Constatou-se que o patrimônio de afetação é um instituto capaz de aumentar a segurança jurídica do adquirente da unidade imobiliária, visto que os bens a ele submetidos têm como única finalidade a conclusão da obra e a entrega das unidades aos adquirentes.

Embora o patrimônio de afetação seja relevante e válido para a proteção dos adquirentes e demais credores da incorporação, ainda não é possível atingir o pleno cumprimento da função social a que se propõe a afetação, especialmente pela facultatividade dada ao incorporador de instituir ou não o patrimônio de afetação. Concluiu-se que, em razão da natureza da atividade incorporativa, que se utiliza dos recursos de terceiros para finalizar o empreendimento, e a relevância do patrimônio de afetação, a tendência natural é que a regulamentação deste instituto se torne mais rígida, determinando sua obrigatoriedade.

Por derradeiro, então, o patrimônio de afetação trata-se de um instituto de extrema utilidade e segurança para as pessoas que aderem à aquisição do imóvel, porém, cabe ao direito, como ciência, revesti-lo como um efetivo instrumento jurídico de proteção aos adquirentes vulneráveis.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de Direito Imobiliário.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALBUQUERQUE, Fernando Roberto Pires de Carvalho e. **Movimentos migratórios internos no Brasil:** características e estimativas. 1981-1996. 2001. 140 f. Dissertação (Mestrado em Estudos Populacionais e Pesquisas Sociais). Programa de Pós-Graduação em Estudos Populacionais e Pesquisas Sociais, Escola Nacional de Ciências Estatísticas, Rio de Janeiro, RJ, 2001. Disponível em: <http://www.ence.ibge.gov.br/images/ence/doc/mestrado/dissertacoes/2001/fernando_roberto_pires_carvalho_albuquerque_TC.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2016.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio:** reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASCENSÃO, Maria Teresa Pereira de Castro; ASCENSÃO, José de Oliveira. Instituição, incorporação e convenção de condomínio. **Doutrinas Essenciais de Direito Registral.** v. 4, p. 475-494, dez. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001555c346e46ac7debc1&docguid=I860f24a0643111e18a6700008517971a&hitguid=I860f24a0643111e18a6700008517971a&spos=3&epos=3&td=3331&context=16&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 16 jun. 2016.

AVVAD, Pedro Elias; LIMA, Rafael Augusto de Mendonça. **Direito Imobiliário.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado – Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento – Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui Para Inadimplemento Contratual. **Revista dos Tribunais**, v. 750, p. 113-120, abr. 1998. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000015439c5d09a2db3cea9&docguid=I93d96e50f25011dfab6f010000000000&hitguid=I93d96e50f25011dfab6f010000000000&spos=18&epos=18&td=18&context=25&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 21 abr. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em: 16 jun. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004.** Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei no 911, de 1o de outubro de 1969, as Leis no 4.591, de 16 de dezembro de 1964, no 4.728, de 14 de julho de 1965, e no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm>. Acesso em 18 set. 2016.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Imobiliário.** v. 49, p. 81-110, jul./dez. 2000. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000156d409085d2425e7cd&docguid=Ibc5dbaa0f25711dfab6f010000000000&hitguid=Ibc5dbaa0f25711dfab6f010000000000&spos=5&epos=5&td=2589&context=105&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 29 ago. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da cidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. A responsabilidade do incorporador/construtor no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor.** v. 26, p. 230-236, abr./jun. 1998. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor. v. 4, p. 1379-1387, abr. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000156d8afad28080e7117&docguid=Id2b44ab02d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Id2b44ab02d4111e0baf30000855dd350&spos=2&epos=2&td=6&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 29 ago. 2016.

CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária.** 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação Imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis. **Revista de Direito Imobiliário.** v. 75, p. 167, jul./dez. 2013. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001555c54c2265f87af99&docguid=I2510f950412d11e38890010000000000&hitguid=I2510f950412d11e388900100000000000&spos=2&epos=2&td=883&context=85&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 16 jun. 2016.

CHALHUB, Melhim Namem. O contrato de incorporação imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Imobiliário.** v. 50, p. 92, jan./jun. 2001. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor.** v.4, p. 1245-1296, abr. 2011. **Doutrinas Essenciais de Direito Registral**. v. 4, p. 543-594, dez. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000156a80f309c6acce7ac&docguid=Ibccb7090f25711dfab6f010000000000&hitguid=Ibccb7090f25711dfab6f010000000000&spos=5&epos=5&td=749&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 ago. 2016.

FERNANDES, Edésio. **Direito Urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GHEZZI, Leandro Leal**. A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos.** v. 6, p.1339-1353, jun. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad60079000001554faf32fca59a1eb9&docguid=Ib8c2ced06dad11e1bee400008517971a&hitguid=Ib8c2ced06dad11e1bee400008517971a&spos=19&epos=19&td=21&context=8&startChunk=1&endChunk=1#.>. Acesso em: 15 jun. 2016.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20. ed. Atualizado por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4.>. Acesso em: 22 maio 2016.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da Codificação Civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org).. **O novo Código Civil e a Constituição.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **O Direito de Superfície no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** 2007. 406 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp040916.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir.** 7. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo com a colaboração de Beatriz Di Giorgi e Flávia Piovesan. São Paulo: Malheiros, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, v. 2, p. 1151, out. 2010. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, v. 1, p. 259, jun. 2011. Disponível em <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81816000000154f4ff5f40bd957875&docguid=I99685b0068e811e18c7800008517971a&hitguid=I99685b0068e811e18c7800008517971a&spos=1&epos=1&td=3&context=61&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 27 maio 2016.

PEREIRA. Caio Mário da Silva. Incorporação Imobiliária. **Revista de Direito Imobiliário.** v. 4, p.9-18, jul./dez. 1979. **Doutrinas Essenciais de Direito Registral.** v. 4, p. 243-256, dez. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818150000015715 5ff2908e6525a0&docguid=I982a89403e5d11e09ce30000855dd350&hitguid=I982a89403e5d11e09ce300008 55dd350&spos=7&epos=7&td=11&context=39&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 10 set. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações.** Atualizado por Sylvio Capanema de Souza e Melhim Namem Chalhub. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Luís Portella. **A Função Social da Propriedade Urbana.** Porto Alegre: Síntese, 2003.

REALE, Miguel. Função social do contrato. **Professor Miguel Reale**. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/>. Acesso em: 2 abr. 2016.

ROCHA, Mauro Antônio. O regime da afetação patrimonial na incorporação imobiliária – uma visão crítica da lei. **Revista de Direito Imobiliário.** v.59, p. 153-165, jul./dez. 2005**. Doutrinas Essenciais de Direito Registral.** v. 4, p. 513-527, dez./2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000015726 07ace425cb0f48&docguid=I526aa330f25011dfab6f010000000000&hitguid=I526aa330f25011dfab6f0100000 00000&spos=14&epos=14&td=909&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 13 set. 2016.

RODRIGUES, Daniela Rosário. Função social da propriedade privada diante do meio ambiente artificial. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 70, p. 83-171, jan./jun. 2011. **Doutrinas Essenciais de Direito Registral**, v. 7, p. 1269-1408, set. 2013. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015519 849aea6722ba18&docguid=I38a89e00a46d11e0967300008558bb68&hitguid=I38a89e00a46d11e096730000 8558bb68&spos=1&epos=1&td=1&context=8&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 06 jun. 2016.

RUSSO JÚNIOR, Rômolo. Direito real de uso – Transferência do direito de construir no Estatuto da Cidade, direito à terra urbana, o aparecimento das favelas, função social da propriedade, a medprov 2.220/2001, a desafetação e a ordem urbanística. **Revista de Direito Imobiliário.** v. 55, p. 113 – 132, jul./dez. 2003. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad81815000001543ad6ff3eabb5c623&docguid=Ifa426e40f24f11dfab6f010000000000&hitguid=Ifa426e40f24f11dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=3&context=39&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 21 abr. 2016.

SILVA, Américo Luís Martins da. **A Ordem Constitucional Econômica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org).. **O novo Código Civil e a Constituição.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 154.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Garantia da propriedade no Direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, Ano VI, n. 6, p. 107. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/04.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2016.

TRISTÃO, Ivan Martins. Aspectos gerais da incorporação imobiliária no novo regime do patrimônio de afetação e os títulos decorrentes das operações imobiliárias. In: MARQUES FILHO, Vicente de Paula; DINIZ, Marcelo de Lima Castro (Coord). **Incorporação imobiliária & patrimônio de afetação.** Curitiba: Juruá, 2009.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; BRUSTOLIN, João Carlos. Mercado Imobiliário: sua Evolução até a Eclosão do Patrimônio de Afetação. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca (Coord). **Moderno Direito Imobiliário, Notarial e Registral.** São Paulo: Quartier Latin, 2011.

WALD, Arnoldo. **Direito Civil:** contratos em espécie. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DE COOPERATIVAS DE HABITAÇÃO FRENTE A DANOS AMBIENTAIS

Grazieli Vetorassi[1]
Valéria Koch Barbosa[2]

INTRODUÇÃO

O campo de estudos acerca das sociedades cooperativas na esfera jurídica, no Brasil, há muito está sem novidades e, em se tratando de cooperativas habitacionais, tornam-se mais escassos ainda os estudos jurídicos. No entanto, as discussões levadas ao Judiciário envolvendo cooperativas de habitação, principalmente envolvendo matéria ambiental, têm aumentado nos últimos tempos. Por essa razão, o estudo aqui desenvolvido, que tem por tema a responsabilidade civil de cooperativas de habitação frente à ocorrência de danos ambientais, assume significativa relevância.

Assim, busca-se conhecer quais as formas de responsabilização civil de cooperativas habitacionais frente à ocorrência de danos ambientais, pois, conforme o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, todos têm direito ao meio ambiente equilibrado e têm o dever de defendê-lo e preservá-lo. Para tal, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei n° 6.938/81, em seu artigo 14, §1°, bem como o Código Civil, no artigo 927, trazem expressamente o dever de reparar o dano.

Com base nisso, este estudo objetiva apresentar os dispositivos legais de proteção ao meio ambiente, os princípios norteadores de proteção ambiental, além de descrever o conceito de dano ambiental, apresentar noções sobre a responsabilidade civil, descrever as características de uma cooperativa de habitação e, por fim, apontar a possibilidade de responsabilização civil de cooperativas de habitação em decorrência de danos ambientais.

Observa-se hoje o crescimento na formação de cooperativas habitacionais, uma vez que se tornaram uma alternativa para que pessoas se unam em prol de um objetivo em comum, o qual, sozinhas, talvez não conseguiriam alcançar. Nesse contexto, vêm sendo cada vez mais discutidas na esfera jurídica questões de responsabilidade civil ambiental envolvendo sociedades cooperativas do ramo habitacional.

Por vezes, o fator financeiro pesa na hora de adquirir um terreno, e as cooperativas de habitação surgiram justamente com o objetivo de tornar viável a aquisição de um lote, considerando que a principal característica delas é de fins econômicos, e não lucrativos, oferecendo uma condição financeira favorável na aquisição de um imóvel.

Para tornar real a viabilidade do projeto, as cooperativas habitacionais adquirem áreas de terra com o objetivo de transformá-las em loteamentos, assim, acabam tendo de mexer no solo, muitas vezes, causando danos ambientais imediatos, a exemplo do desmatamento e do aterro de

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: grazielivetorassi@gmail.com.
[2] Mestra em Qualidade Ambiental pela Universidade Feevale. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: valeriakb@feevale.br.

áreas, ou possibilitando danos ambientais futuros, como enchentes devido ao manejo do solo. De tal forma, torna-se necessário que sejam discutidas e normatizadas regras mais específicas e abrangentes no que tange ao cooperativismo habitacional.

Um dos maiores problemas sobre a questão é que a legislação das sociedades cooperativas é muito ampla e antiga. Não se encontram na lei dispositivos específicos para normatizar situações de suma importância sobre cada ramo cooperativo, a exemplo da questão ambiental com relação às cooperativas de habitação, pois não há previsão expressa na lei.

Assim, na medida em que há uma demanda maior de situações jurídicas envolvendo cooperativas habitacionais em questões ambientais, precisa-se suscitar uma reflexão, pois, sem ter uma legislação mais abrangente e específica, cada vez mais haverá resoluções de demandas ineficazes, de forma que restarão prejudicados tanto o meio ambiente, a sociedade cooperativa, bem como o objetivo social do projeto.

A falta de um embasamento legal específico para as cooperativas habitacionais relacionado à responsabilidade civil ambiental acarreta muitos problemas, tanto jurídicos como sociais. Como se disse, as demandas sobre cooperativas de habitação envolvendo questões ambientais têm aumentado, a aplicação da norma geral talvez não seja suficiente para reparar o dano causado ao meio ambiente, assim como pode trazer implicações ao desenvolvimento do projeto por falta de uma regra que norteie os procedimentos buscando alternativas para proteger o meio ambiente de impactos ou danos que a execução do empreendimento possa causar.

De modo a atingir os objetivos antes referidos, este trabalho está dividido em quatro capítulos. Após esta parte introdutória, trata-se da proteção jurídica do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro, abrangendo os princípios norteadores dessa proteção. Em seguida, aborda-se o instituto da responsabilidade civil; antes, todavia, trata-se de contextualizar o cooperativismo no Brasil, apontando-se as suas principais características. Na sequência, discute-se a possibilidade de responsabilização civil das cooperativas habitacionais quando da ocorrência de dano ambiental, trazendo-se, finalmente, as conclusões deste estudo e as publicações consultadas.

Quanto à natureza, esta investigação se caracteriza como descritiva e explicativa. Descritiva porque aborda os aspectos históricos, os conceitos e a criação de leis sobre o assunto e também como o Direito se conduz nesses casos; explicativa porque, para aprofundar o assunto, utiliza-se a interpretação da doutrina, da jurisprudência e da legislação existentes, buscando, assim, conhecer mais a realidade acerca do problema ora em questão.

Já em relação aos objetivos, trata-se de pesquisa dedutiva, dialética e histórica. Dedutiva porque a pesquisa inicia com assunto geral até se chegar ao problema proposto; é também dialética porque tem por objetivo analisar o lado conflituoso do problema, trazendo a realidade social em que se insere, e, por fim, trata-se de pesquisa histórica, uma vez que são abordadas as origens do tema em tela.

Quanto aos procedimentos técnicos, tem-se uma pesquisa bibliográfica, cujo embasamento teórico a legislação, a doutrina e a jurisprudência, além da apresentação de uma entrevista como forma de ilustrar, explorar e analisar com maior profundidade o assunto proposto.

Como não há vasta produção acerca do tema, algumas limitações se impuseram. Todavia, não se pretende exaurir a discussão, mas trazer alguns aspectos passíveis de análise, já que as cooperativas habitacionais estão se proliferando, trazendo impactos ao meio ambiente e, com elas, cresce também o número de questionamentos acerca de suas responsabilidades.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE

O DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL

Antes de se abordar o Direito Ambiental no Brasil, é importante referir que, em nível internacional, a tutela jurídica ambiental se iniciou através da criação de Tratados, Convenções e Protocolos voltados para a defesa e a proteção do meio ambiente (ANTUNES, 2014, p. 698).

O Direito Ambiental Internacional teve origem na Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, que ocorreu em Estocolmo em 1972. A partir dessa, a defesa do meio ambiente no plano internacional ganhou espaço, pois estabeleceram-se todos os princípios internacionais em matéria ambiental (MUKAI, 1994, p. 155-156).

Especificamente no tange ao Brasil, a preocupação do legislador com o meio ambiente começou a ser exteriorizada já na primeira edição do Código Civil de 1916, sendo um grande marco inicial para a proteção ambiental, pois, como ponto de partida, trouxe normas destinadas a regular os conflitos de vizinhança devido a questões ecológicas (MILARÉ, 2013, p. 237).

Após a criação do Código Civil de 1916, que já trazia alguns dispositivos voltados para o meio ambiente, a legislação ambiental começou a evoluir, criando-se normas legais voltadas diretamente para a matéria ambiental, assim, o Direito Ambiental começou a ganhar mais força jurídica (MILARÉ, 2013, p. 237).

Tem-se ainda a atuação do Ministério Público na proteção ambiental, com suas funções expressamente estabelecidas no Texto Supremo de 1988, no artigo 129, as quais Maria Luiza Machado Granziera (2011, p. 86-87) destaca:

> 1. promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
> 2. defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, atuando como parte.

Na mesma linha, tem-se a Defensoria Pública, incluída pela Lei n° 7.347/1985, que disciplina a Ação Civil Pública. Passou a Defensoria a ter legitimidade para ingressar com a ação, bem como celebrar o denominado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Entretanto, a legitimidade da Defensoria Pública para atuar na ação, conforme o artigo 134 da Constituição Federal de 1988 é apenas para quando houver a defesa de interesses lesados de necessitados, de tal forma, não é uma legitimidade tão abrangente como a do Ministério Público, trata-se de uma legitimidade com o objetivo de defender direitos individuais lesados (ANTUNES, 2014, p. 1227).

Tem-se ainda a competência administrativa, cabendo à Administração Pública a função de proteger o meio ambiente, entre outras coisas. De tal forma, cabe ao Poder Público executar as

medidas necessárias para assegurar um meio ambiente equilibrado, através de seus agentes. No que tange à proteção ambiental, Maria Luiza Machado Granziera (2011, p. 379 e 382) explica que é voltada a "[...] evitar o dano – poluição e degradação -, o Estado dispõe, para tanto, de funções específicas", que são "voltadas a determinados âmbitos de atuação administrativa, que se traduzem, à luz da Política Nacional do Meio Ambiente, nos instrumentos previstos no art. 9º da Lei nº 6.938/81". Além disso, a Administração Pública tem como meio para assegurar que as normas ambientais sejam cumpridas o chamado poder de polícia ambiental, que é uma forma de o Estado desempenhar sua função de promover o bem-estar e, principalmente, a ordem pública (GRANZIERA, 2011, p. 379 e 382).

O poder de polícia é muito importante na proteção ambiental, pois é por intermédio dele que o poder público exerce a função de fiscalizar e licenciar atividades que podem ser poluidoras ao meio ambiente. Para poder licenciar essas atividades, são necessários estudos e projetos que são exigidos para análise. Esses estudos estão relacionados à localização do empreendimento ou da atividade, bem como à instalação, operação e ampliação desse projeto. Assim, somente após a apresentação desses estudos, será analisada a licença requerida. A Licença Ambiental, conforme artigo 1°, II, da Resolução CONAMA 237, de 19.12.1997, é obrigatória para que empreendedores possam executar atividades ou empreendimentos nos quais tenham de utilizar recursos ambientais podendo causar degradação ambiental e, para isso, depende de um estudo de impacto ambiental, previsto no artigo 1°, III, da mesma Resolução. Com isso, a Administração Pública estabelece regras como forma de controle ambiental. O licenciamento ambiental, regulado pelo artigo 1°, I, dessa Resolução, ocorre por meio de três fases, a primeira com a chamada Licença Prévia ou LP, a segunda fase, Licença de Instalação, LI, e, por fim, a Licença de Operação, LO (SÉGUIN, 2000, p. 181 a 184).

Conclui-se então que o Direito Ambiental vem se destacando cada vez mais, à medida que ganha espaço nas discussões sociais e jurídicas. Entretanto, para que se possa ter uma tutela ambiental efetiva e mais abrangente, faz-se necessário conhecer as competências do Poder Judiciário, o qual poderá fazer valer a norma jurídica na defesa e na proteção do meio ambiente. Destaca-se ainda que não só à esfera do Poder Público e do Judiciário cabe a função de proteção e defesa do meio ambiente, esse é um dever de toda a coletividade, pois se trata de um bem de uso comum de todos, conforme a Carta Magna traz expressamente previsto no seu artigo 225. O objetivo do Direito Ambiental é regrar e organizar as atividades e as condutas humanas que afetam direta ou indiretamente o meio ambiente, atuando em conjunto com os demais ramos do Direito, buscando frear e equilibrar as ações humanas.[3]

Depois de tal abordagem, cumpre avançar e tratar da proteção de que goza o meio ambiente no ordenamento jurídico pátrio.

PROTEÇÃO AMBIENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A tutela jurídica ambiental passou por quatro momentos importantes até chegar às dimensões atuais. O primeiro momento foi com a criação da Lei n° 6.938, de 31.08.1981, a Política

[3] Eventuais parágrafos sem a indicação da fonte representam uma síntese feita por esta acadêmica a partir da revisão bibliográfica e da análise dos dispositivos legais.

Nacional do Meio Ambiente, a qual foi de grande importância para o Direito brasileiro, pois, além de trazer o conceito de meio ambiente, criou o Sistema Nacional de Meio Ambiente, chamado de SISNAMA, que regulamentou o dever de reparação dos danos causados através de ação movida pelo Ministério Público pautada pelo princípio da responsabilidade objetiva. O segundo momento na legislação ambiental foi com a Lei n° 7.347, de 24.07.1985, pois regulou a Ação Civil Pública como instrumento processual na defesa da proteção ambiental, tornando-se assim a degradação ambiental matéria judicial. O terceiro momento significativo foi com a Constituição Federal de 1988, que trouxe, em capítulo próprio, dispositivos legais de tutela ambiental, inspirando o surgimento de Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios. E, por fim, no quarto momento, houve a criação da Lei n° 9.605, de 12.02.1998, que consagrou as sanções penais e administrativas aplicadas às atividades danosas ao meio ambiente (MILARÉ, 2001, p. 98-99).

A tutela jurídica do meio ambiente, como já dito, passou por momentos importantes na história, entretanto destaca-se de forma especial a criação da Lei n° 6.938, de 31.08.1981, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente, pois esta transformou a Administração Pública no âmbito ambiental (MILARÉ, 2013, p. 679). A Lei de Política Nacional de Meio Ambiente é fundamentada na Constituição Federal de 1988, no artigo 225, que normatizou e estabeleceu os objetivos dessa lei, bem como criou o SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente - e o Cadastro de Defesa Ambiental (SILVA, 2002, p. 47).

Entretanto, para poder executar todos esses dispositivos legais, fazem-se necessários meios judiciais, que servem como instrumentos processuais. Nesse contexto, tem-se inicialmente o inquérito civil como um dos instrumentos extraprocessuais, de cunho investigatório; ele é um procedimento administrativo, que serve como meio de realizar investigações preparatórias para verificar a possibilidade de o Ministério Público ingressar com a ação civil pública (MILARÉ, 2013, p. 1370).

Outro meio extraprocessual é a possibilidade de se fazer um compromisso de ajustamento de conduta, que tem previsão legal no artigo 5°, § 6°, da Lei n° 7.347/85 – que disciplina a ação civil pública e que dispõe: "os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".[4]

Assim, após breve análise dos meios extraprocessuais de proteção ao meio ambiente, é possível avançar para um entendimento acerca dos meios processuais adequados e disponibilizados para a tutela da proteção ambiental (GRANZIERA, 2011, p. 748).

A Lei n° 7.347, de 24.07.1985, disciplinou a ação civil pública como um instrumento processual para defesa do meio ambiente, entre outros, a exemplo das ações de responsabilidade por danos causados ao consumidor (ANTUNES, 2014, p. 1228-1229).

Em se tratando sobre a competência para julgar e processar as ações civis públicas, Paulo de Bessa Antunes (2014, p. 1230) assevera que a ação deve ser "[...] proposta perante o juízo com jurisdição sobre o local do dano", e que "[...] o juiz do local terá competência funcional para processar

[4] BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina 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 (vetado) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 10 ago. 2016.

e julgar o feito". Conforme Oswaldo Bertogna Júnior (2006) destaca, "[...] a ação civil pública - incluindo cautelares - poderá ser proposta pelo Ministério Público, pelos entes políticos da federação, inclusive pelos seus órgãos da administração indireta e pelas associações".

E, por fim, tem-se, na esfera penal, a ação penal pública destinada para os delitos ambientais, incumbindo ao Ministério Público a iniciativa de propor a ação, pois se trata de um bem jurídico público (MILARÉ, 2013, p. 1511).

Conclui-se, portanto, que a tutela jurídica do meio ambiente, ao passar pelos quatro marcos mais importantes no ordenamento jurídico brasileiro, ganhou formas mais abrangentes no seu objetivo principal: a defesa e proteção ambiental. De forma sucinta, destacam-se novamente os quatro momentos consagrados para o Direito Ambiental, quais sejam, em primeiro lugar, a criação da Lei n° 6.938/81 – Da Política Nacional do Meio Ambiente; em segundo, a criação da Lei n° 7.347/85, que disciplinou a Ação Civil Pública por danos causados ao meio ambiente, entre outros; em terceiro lugar, a Constituição Federal de 1988, que disciplinou, em capítulo próprio, os dispositivos legais para a tutela ambiental, e, por fim, o quarto momento, a criação da Lei n° 9.605/98, a qual estabeleceu sanções penais e administrativas às atividades causadoras de danos ao meio ambiente.

OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

O Direito Ambiental, assim como outros sistemas jurídicos, é baseado em princípios norteadores das regras jurídicas, com objetivo de proteção e preservação ambiental (DEEBEIS, 1999, p. 29).

A função dos princípios é fundamentar, interpretar, direcionar e limitar a ordem jurídica, pois por vezes cabe a eles definir e consolidar determinados valores sociais que estão de certa forma vinculados com a interpretação e a aplicação da norma jurídica (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, 2008, p. 25).

Um dos princípios fundamentais do Direito Ambiental é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que está diretamente relacionado com o artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, pois seu fundamento está no direito que todos possuem de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabendo ao Poder Público, bem como à coletividade o dever de preservá-lo e defendê-lo (DEEBEIS, 1999, p. 29).

Tem-se também o Princípio da Solidariedade Intergeracional, que remete à solidariedade na preservação do meio ambiente, quando disposto, no artigo 225 da Carta Cidadã de 1988, o dever de proteção e preservação do meio ambiente para que possa ser usufruído tanto pelas presentes quanto pelas futuras gerações. Assim, esse princípio visa à solidariedade social e à igualdade entre as gerações na proteção ambiental (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, 2008, p. 41).

O Direito Ambiental tem também o Princípio da Prevenção, que tem por objetivo evitar previamente que atividades humanas potencialmente degradantes ao meio ambiente causem danos ou mesmo venham a causar danos que possam ser irreversíveis. Assim, o princípio da prevenção atua em conjunto com os instrumentos de proteção ambiental (DEEBEIS, 1999, p. 30).

Em conjunto com o Princípio da Prevenção, tem-se o Princípio da Precaução. Há uma distinção entre os objetivos de ambos, pois a prevenção tem por objeto os riscos e os impactos já conhecidos, já visualizados, tanto pela ciência como pela lei, enquanto a precaução objetiva as atividades cujos efeitos ainda não possuem certeza científica. Assim, o Princípio da Precaução impõe providências a serem tomadas como medidas acautelatórias com relação às atividades das quais ainda não se tem conhecimento sobre possíveis efeitos negativos que venham a causar ao meio ambiente. A característica da precaução é a ação antecipada sobre o possível risco ou o perigo desconhecido da atividade, enquanto a prevenção é caracterizada pelo risco certo. Portanto, a precaução trabalha com o risco incerto; a prevenção, com o perigo concreto (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, 2008, p. 29-31).

Seguindo com os princípios do Direito Ambiental, tem-se o Princípio da Função Social e Ambiental da Propriedade, pois a Constituição Federal de 1988 garante a todos o direito à propriedade, porém, para tal garantia, há o dever de que ela deverá atender à função social, o que, conforme o artigo 182, § 2°, do Texto Supremo, seria atender às exigências do plano diretor da cidade, fazendo tudo para não prejudicar a coletividade, impondo ao proprietário que adote comportamentos positivos para a preservação do meio ambiente (DEEBEIS, 1999, p. 31).

Por fim, destaca-se o Princípio da Responsabilização, o qual determina que quem causar danos ao meio ambiente deve recuperá-lo ou repará-lo. Assim, fica claro que uma das principais consequências atribuídas aos causadores de danos ao meio ambiente é a responsabilização civil, pois, em se tratando de dano ambiental, a responsabilidade é objetiva, ou seja, independe de culpa (MOURA, 2013, p. 16). Essa responsabilização pode ocorrer de forma simultânea e cumulativamente nas esferas civil, penal e administrativa (BARROS, J.; BARROS, A.; MARDEN, 2013, p. 36).

Nesse sentido, observa-se que atualmente a sociedade cobra muito mais, exigindo que o poluidor seja responsabilizado pelos danos que suas ações e suas atividades causaram, diferentemente do passado, quando não se exigia um limite no uso dos recursos que o meio ambiente oferecia (LEITE; AYALA, 2012, p. 59).

Vencida esta etapa, no subcapítulo que segue, abordam-se alguns aspectos referentes ao dano ambiental.

DANO AMBIENTAL

Para se falar em dano ambiental, é necessário compreender o que se entende por dano. Assim, de acordo com a teoria do interesse, dano é a lesão de interesses juridicamente protegidos. O interesse está vinculado ao dano devido à relação estabelecida entre um bem e alguém de forma que esse bem seja capaz de satisfazer-lhe as suas necessidades (SILVA, D., 2012, p. 82). Afirma Roberto Senise Lisboa (2008, p. 06) que "[...] o direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido pela segurança jurídica que o Estado confere às pessoas".

Por ser muito amplo o sentido do bem juridicamente protegido, existe uma classificação do dano ambiental quanto à amplitude do bem juridicamente protegido, à reparabilidade e aos

interesses jurídicos envolvidos, bem como quanto à sua extensão e ao interesse objetivado. Com relação à amplitude do bem protegido, levando em consideração o conceito de meio ambiente, Édis Milaré faz a distinção que segue (LEITE; AYALA, 2012, p. 92).

a) Dano ambiental coletivo: diz respeito aos danos causados ao meio ambiente *lato sensu*, ou seja, reflete nos interesses difusos, pois atinge diretamente a coletividade. O dano ambiental coletivo pode ser de interesses coletivos, do qual sejam titulares pessoas determinadas, isto é, um grupo ou classe de pessoas que estão ligadas por uma relação jurídica comum, como pode ser de interesses difusos, em que sejam titulares pessoas indeterminadas que estão ligadas pelas circunstâncias do fato (MILARÉ, 2015, p. 326-327).

b) Dano ambiental individual: também chamado de dano ambiental reflexo ou por ricochete, trata da tutela dos interesses do próprio lesado, é um dano individual que está conectado ao meio ambiente. Hoje, o Direito tutela o meio ambiente, impondo tanto a reparação dos prejuízos causados como os prejuízos sofridos pelos indivíduos, seja nos seus bens, seja na integridade física devido a uma lesão ambiental. É também chamado de ricochete por atingir diretamente os interesses de determinada pessoa, legitimando o lesado a obter uma reparação pelo prejuízo, pois configura um dano particular (SILVA, D., 2012, p. 113 a 117).

c) Dano ecologicamente puro: está relacionado diretamente com os danos que atingem os bens da própria natureza em sentido estrito, ou seja, tem relação direta com os componentes naturais do ecossistema, como o próprio nome diz, dano ecologicamente puro, não se ligando ao patrimônio cultural ou artificial (LEITE; AYALA, 2012, p. 92).

Com relação à reparabilidade e ao interesse envolvido, o dano ambiental classifica-se em:

a) dano ambiental de reparabilidade direta, que se refere aos interesses próprios individuais, devendo o próprio lesado ser indenizado pelos danos sofridos; b) dano ambiental de reparabilidade indireta, que diz respeito aos danos causados aos interesses difusos e coletivos, e aqueles individuais, que, por vezes, têm dimensão coletiva, e a reparação é indireta, pois objetiva o bem ambiental de interesse coletivo, e não os interesses próprios e individuais (LEITE; AYALA, 2012, p. 93).

Quanto à sua extensão, o dano ambiental pode ser classificado conforme apresentado a seguir.

a) Dano ambiental patrimonial, também chamado de material, que está diretamente ligado ao próprio bem ambiental, seja ele de interesse individual (microbem) ou coletivo (macrobem), buscando-se a reparação para que o meio ambiente volte *ao status quo ante* por meio da indenização ou da compensação, conforme expressamente disposto no artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981 – da Política Nacional do Meio Ambiente. Como exemplos de dano ambiental patrimonial, têm-se o desequilíbrio ecológico, a contaminação das águas, o desmatamento, etc (MILARÉ, 2015, p. 329).

b) Dano ambiental extrapatrimonial: também chamado de moral, trata-se de todo prejuízo sofrido de cunho não patrimonial, ou todo sofrimento experimentado devido a uma lesão ambiental que foi causada a interesses individuais ou coletivos. Assim, o dano ambiental extrapatrimonial difere-se do patrimonial pelo interesse tutelado, pois o primeiro caracteriza-se pelos danos de valor

moral, já o segundo diz respeito aos danos materiais ou de ordem econômica (LEITE; AYALA, 2012, p. 94).

Por fim, quanto aos interesses objetivados, o dano ambiental é classificado como macrobem, o que significa dizer que há interesse da coletividade ou interesse público em preservar o macrobem ambiental; e microbem, que se refere ao interesse individual de uma pessoa, concernente a um dano ao meio ambiente, o qual reflete no seu interesse particular (LEITE; AYALA, 2012, p. 94). Quanto ao macrobem, Márcia Dieguez Leuzinger (2002) explica: "[...] compõe-se de diversos ecossistemas entrelaçados, localizados ora em propriedade privada, ora em propriedade pública", que se caracterizam "independentemente de seu regime de propriedade, como bens de interesse público, submetidos a um peculiar regime jurídico de uso e fruição".

O dano ambiental caracteriza-se pela dificuldade na identificação da fonte poluidora, pela ampla dispersão de vítimas, pela dificuldade à ação reparatória e pela dificuldade da valoração. Quanto à dificuldade na identificação da fonte poluidora, havendo a existência do dano, impõe-se que se deve identificar de qual fonte adveio, entretanto há casos nos quais há a chamada poluição histórica, que advém de anos, devido a várias situações acumuladas, impossibilitando chegar-se à fonte certa. Nesse caso, poderia haver a responsabilização solidária, considerando a natureza da obrigação de defesa do meio ambiente, entretanto o grande desafio é apresentar uma solução para os casos em que o dano ocorreu em virtude de comportamentos massificados, criando uma autoria difusa, o que dificulta a responsabilização e a reparação das lesões causadas (MILARÉ, 2015, p. 321-322).

O dano ambiental está diretamente ligado ao fator tempo, pois os danos podem ocorrer de forma imediata e se prolongar no tempo, ou então podem ocorrer de forma gradativa no decorrer do tempo advindos de fatos cumulativos. Esses efeitos gradativos podem ocorrer devido a práticas de uma determinada época em que não se tinha um conhecimento científico abrangente sobre as consequências de tais ações, até que seus efeitos lesivos apareçam através de uma perturbação natural, causando então um dano ambiental no presente. Com isso, o fator tempo acaba trazendo ainda mais dificuldades na imputação de uma responsabilidade, bem como na comprovação do nexo de causalidade entre a conduta e a lesão, pois pode ocorrer a prescrição ou mesmo a irretroatividade da lei. Nesse sentido, verifica-se a importância dos Princípios da Precaução e da Prevenção, de modo a auxiliar o controle e a prevenção de possíveis danos imediatos e futuros (SILVA, D., 2012, p. 162-163).

Para tentar inibir e prevenir a ocorrência de danos ambientais, a legislação dispõe de algumas formas de reparação. O Direito Ambiental Brasileiro traz disposto, nos artigos 4°, VII, e 14, § 1° da Lei n° 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) e no artigo 225, § 3°, da Constituição Federal de 1988, que o causador dos danos ambientais tem a obrigação de restaurar ou indenizar os prejuízos causados ao meio ambiente. Na maioria das vezes, é impossível restaurar ou recompor o meio ambiente ao *status quo ante*, porém pode-se lançar mão da restauração e da compensação ecológica. A restauração objetiva a recuperação do bem ambiental lesado, enquanto a compensação visa à substituição dos bens que foram afetados por outros equivalentes. No Direito brasileiro, existem duas formas de reparação ambiental: a restauração natural ou *in specie* e a indenização pecuniária (LEITE; AYALA, 2012, p. 207).

Traçadas as principais características do dano ambiental, o capítulo seguinte aborda o objeto desta pesquisa, isto é, a possibilidade de responsabilizar civilmente as cooperativas de habitação frente à ocorrência de danos ambientais.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DE COOPERATIVAS DE HABITAÇÃO FRENTE A DANOS AMBIENTAIS

O COOPERATIVISMO NO BRASIL

Para se falar em cooperativismo, faz-se necessário compreender o sentido de cooperar, de cooperativismo, de cooperativa, bem como o que significa associado ou cooperado. Nessa direção, Diva Benevides Pinho (2004, p. 136) entende que o cooperativismo "pode ser focalizado como doutrina, teoria, sistema, movimento ou simplesmente técnica de administração de cooperativas". Assim, cooperativas "são sociedades de pessoas, organizadas em bases democráticas, que visam não só a suprir seus membros de bens e serviços, como também a realizar determinados programas educativos e sociais" (PINHO, 2004, p. 124). Já no entendimento de Nilsa Terezinha Capiem de Figueiredo (2009, p. 18), "cooperar: é unir-se a outras pessoas para enfrentar juntas situações adversas, transformando-as em oportunidades e situações de bem-estar econômico e social".

A Lei n° 5.764/71 definiu a Política Nacional do Cooperativismo, passando a regular o cooperativismo em todo o Brasil, além de criar e definir a Organização das Cooperativas Brasileiras e a Organização Estadual das Cooperativas como gestoras de todo o sistema de cooperativismo brasileiro (FIGUEIREDO, 2009, p. 24).

O Código Civil de 2002, conforme explica João Batista Brito Pereira (2006, p. 103), "[...] não se ocupou em oferecer o conceito de cooperativa, entretanto permite se possam extrair das características discriminadas no art. 1.094 elementos que formem seu conceito [...]". Explica que as cooperativas são "[...] uma associação de pessoas, baseada em valores como ajuda mútua e solidariedade, destinada a aquisição de bens e serviços em benefício do conjunto dos associados e sem fins lucrativos".

Entende-se, assim, que as sociedades cooperativas possuem um regramento e um regime jurídico diferenciado por possuírem um objeto sem fins lucrativos; dessa forma, não estão sujeitas à falência, pois seu sentido é viabilizar determinada atividade de cunho social, por isso, as pessoas, ao se associarem a pessoa jurídica de natureza civil, demonstram uma maneira livre de se unirem com objetivos comuns voltados a si mesmos como associados. Assim, sendo sócio, o cooperado torna-se o principal beneficiário da atividade viabilizada pela cooperativa (FETTBACK, 2009, p. 30).

CARACTERÍSTICAS DAS COOPERATIVAS DE HABITAÇÃO

Considerando o escopo deste estudo, é relevante, antes de contemplar as especificidades das cooperativas de habitação, abordar os aspectos gerais das sociedades cooperativas regulamentadas pela Lei n° 5.764/71. Inicialmente, no artigo 1°, a referida lei define a Política Nacional do Cooperativismo como: "[...] a atividade decorrente das iniciativas ligadas ao sistema

cooperativo, originárias de setor público ou privado, isoladas ou coordenadas entre si, desde que reconhecido seu interesse público" [5] (BUCCI, 2003, p. 96).

As cooperativas podem ter por objetivo um projeto econômico e ou um projeto social, assim, cria-se uma identidade única às cooperativas por se diferenciarem da empresa mercantil, cujo objeto visa ao lucro, de tal forma o projeto econômico está vinculado ao interesse econômico em comum de pessoas que se unem em prol de um empreendimento; já o projeto social visa ao cidadão, buscando desenvolver projetos voltados a questões básicas, como cultura, educação etc (FIGUEIREDO, 2009, p. 54).

De tal forma, conforme esclarece Maria Paula Dallari Bucci, (2003, p. 165) "[...] o próprio objeto das cooperativas habitacionais faz delas um tipo peculiar, mencionado com menos freqüência na bibliografia geral sobre a matéria do que as cooperativas de produção, de consumo, agrícolas e outras". Diva Benevides Pinho (2004, p. 271) explica que a cooperativa habitacional "[...] reúne cooperativas destinadas à construção, à manutenção e à administração de conjuntos habitacionais para seu quadro social; [...]".

Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci (2003, p. 1) reforça que "no campo das cooperativas habitacionais são ainda mais escassos os estudos jurídicos, principalmente após a extinção do Banco Nacional da Habitação (BNH), em 1986, que ocorreu praticamente em silêncio".

Quanto às características, Maria Paula Dallari Bucci (2003, p. 7) explica que as cooperativas de habitação possuem as mesmas características que as demais, somente no que tange ao seu objeto é que mudam, pois elas tratam diretamente de uma política de habitação, assim, "[...] o surgimento da personalidade jurídica, o registro, o capital social e a sua divisão em quotas-partes, a operacionalização prática dos princípios do cooperativismo", ou seja, "todos os elementos relativos à estruturação jurídica das sociedades cooperativas são disciplinados pela Lei n. 5.764/71. [...]".

As cooperativas habitacionais possuem um diferencial das demais porque desempenham atividade urbanística em conjunto com o Poder Público Municipal. Entretanto, para que se configure essa urbanização, deve haver um planejamento da divisão da área de terra, com aprovação pela Prefeitura, posterior inscrição no registro imobiliário e transferência gratuita das vias públicas e dos espaços livres ao Município. Os loteamentos possuem regramento próprio na Lei n° 6.766/79, especificamente nos artigos 4° e 5°, que dispõem acerca dos requisitos necessários para se implantar um loteamento (BUCCI, 2003, p. 190-191).

De acordo com Dora Bussab Castelo (1999), a Lei n° 6.766/79 tem alguns aspectos peculiares quanto às cooperativas habitacionais, pois há um regramento diferenciado com relação a atividades imobiliárias que são regradas pela Lei n° 4.591/64, a qual dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Explica que, "[...] diferentemente do que ocorre com a Lei das Incorporações Imobiliárias, que só se aplica à empresa que esteja exercendo essa atividade com caráter imobiliário especulativo", a lei que trata do parcelamento do solo para fins urbanos (Lei 6.766/1979), por sua vez, aplica-se "[...] não só a quem esteja promovendo a venda ou a promessa

[5] BRASIL. Presidência da República. **Lei n° 5.764 de 16 de dezembro de 1971.** Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm>. Acesso em: 09 out. 2016.

de venda de parcelas de loteamento ou desmembramento, com fins empresariais especulativos e sob seu risco", mas também a pessoas físicas ou jurídicas que objetivem, "[...] sem fins lucrativos, mas apenas com fins residenciais, o parcelamento do solo para fins urbanos, com a criação, modificação ou aproveitamento do sistema de ruas ou logradouros públicos já existentes".

Para haver a viabilidade de implantação do empreendimento, são captadas pessoas que possuem interesse comum naquela área, ingressando como associado da cooperativa, através do pagamento de quota-parte, ou seja, capital subscrito, fazendo o rateio mensal de valores a título de aquisição de uma fração ideal da gleba. Por meio dessa quotização, paga-se a área de terra, bem como prestadores de serviços, como topógrafo, engenheiro, geólogo, além de demais serviços necessários à implantação do projeto (FREITAS, 2000,2011).

Nesse contexto, seria de suma importância aplicar às cooperativas habitacionais requisitos obrigatórios para a urbanização, seguindo a linha dos exigidos na lei de loteamentos, porém, conforme explica Maria Paula Dallari Bucci (2003, p. 192-195), "[...] isto seria justificável em legislação específica, que diferenciasse as cooperativas, em termos de exigências urbanísticas, de simplificação de documentos e do processo de licença e registro". Cabe destacar ainda que, mesmo disposto no artigo 4°, inciso II, da Lei n° 6.766/79, a construção de conjuntos habitacionais de interesse social, para as cooperativas, não vigora tal diferença, ou seja, não há regulamentação diferenciada, tendo cada Município de fazer conforme sua competência, nesse sentido, a autora ressalta que, "No Brasil, a aplicação da Lei de Loteamentos às cooperativas habitacionais – quando possível, isto é, nas hipóteses em que houvesse desmembramento e arruamento -, seria evidentemente imperfeita" por causa da "[...] falta de diferenciação quando ao caráter social das cooperativas", ou ainda "[...] porque, desde que elas não procedessem à divisão da propriedade dos lotes – adotando a propriedade indivisa, o que a lei não veda -, não se justificaria a incidência das normas urbanísticas".

Ressalta-se que os sistemas jurídicos de loteamentos e cooperativas habitacionais são completamente distintos no que se refere à caracterização jurídica de cada um, à sua função e à finalidade social, todavia é aplicada a legislação de loteamentos para as cooperativas habitacionais como forma de suprir a ausência de normas legais urbanísticas próprias para as sociedades cooperativas de habitação, sendo atualmente utilizada a lei de loteamentos por analogia, sem os requisitos de conexão necessários à aplicação da norma (BUCCI, 2003, p. 195).

No subcapítulo que segue, trazem-se algumas noções sucintas e genéricas sobre o instituto da responsabilidade civil, já que se considera relevante ter presentes alguns aspectos para a posterior análise do objeto desta pesquisa.

ASPECTOS GENÉRICOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

Como existe a pretensão de se analisar a responsabilidade civil de cooperativas habitacionais quando da ocorrência de danos ao meio ambiente, é preciso apresentar, mesmo que de forma genérica e sucinta, alguns apontamentos acerca do instituto da responsabilidade civil. Em síntese, a responsabilidade civil pode ser definida como a obrigação imputada a alguém através da

aplicação de medidas que obriguem a reparar os danos causados a outrem, sejam danos patrimoniais ou morais, em decorrência de algum ato praticado (DINIZ, 2014, p. 50).

A noção de responsabilidade civil está diretamente ligada à ideia de obrigação, ou seja, conforme explica Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 2), "designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. [...] é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário".

Nesse sentido, verifica-se que toda a atividade ou ação que cause prejuízo ou dano a alguém gera a obrigação de repará-lo por meio do dever de indenizar. Assim, qualquer pessoa, seja física ou jurídica, deve arcar com os danos causados a outrem, de tal forma que qualquer conduta humana pode gerar uma obrigação de indenizar, sendo a responsabilidade civil o sistema que norteia essa obrigação de reparar os danos causados (VENOSA, 2013, p. 1). Consoante Henrique Felipe Ferreira (2000), "a idéia que norteia a responsabilidade civil é a preocupação de evitar a subsistência de um prejuízo injusto, impondo uma deslocação patrimonial do lesante para o lesado".

Como regra geral, a responsabilidade civil fundamenta-se no direito à reparação de danos causados em decorrência da violação de algum dever, tendo por objetivo tutelar o direito de cada pessoa de obter essa reparação (NORONHA, 2011).

A responsabilidade civil decorre de uma atividade ou conduta humana que de alguma forma viola um dever jurídico (GONÇALVES, 2009, p. 13). De acordo com Maria Helena Diniz (2014, p. 50), "[...] guarda, em sua estrutura, a idéia de culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva)".

Depois desta breve retomada acerca de alguns importantes aspectos relacionados ao instituto da responsabilidade civil, no subcapítulo que segue, analisa-se a responsabilidade das cooperativas de habitação frente à ocorrência de danos ambientais.

A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DE COOPERATIVAS DE HABITAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE DANOS AMBIENTAIS

Ao se tratar da possibilidade de responsabilização de cooperativas de habitação em relação aos danos causados ao meio ambiente, que é o foco deste estudo, é relevante reiterar o mandamento constitucional previsto no artigo 225, § 3°, o qual dispõe sobre as sanções penais e administrativas que os causadores de danos ao meio ambiente, tanto pessoas físicas como jurídicas, podem sofrer, independentemente da obrigação de reparar os danos causados e, em razão dessa obrigação, tem-se a responsabilidade civil, consagrando, assim, a regra da cumulatividade das sanções (FIORILLO, 2014, p. 139-140).

Dessa forma, a Lei n° 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, consagra a responsabilidade objetiva por danos causados ao meio ambiente, protegendo tanto interesses individuais como difusos, e confere ao Ministério Público a legitimidade para propor a ação de responsabilidade tanto civil quanto criminal em matéria ambiental (GONÇALVES, 2009, p. 72).

A incidência da teoria objetiva da responsabilidade civil está fundamentada na chamada teoria do risco, segundo a qual o agente que, em virtude de sua atividade, criar uma situação de risco para terceiros deverá responder pelos danos que isso causar (MILARÉ, 2015, p. 420).

No que tange especificamente às cooperativas de habitação, não há bibliografia que trate de sua responsabilidade por danos ambientais, sendo necessário lançar mão da analogia e analisar alguns julgados acerca do tema. Mas, é inegável que elas deverão responder pelos danos que vierem a causar, inclusive, há possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, o que encontra amparo no artigo 4° da Lei n° 9.605/98: "Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente"[6]. Conforme explica Édis Milaré (1999/2011), essa possibilidade está relacionada "[...] com a rigidez do princípio da autonomia das pessoas jurídicas em relação aos seus membros [...]", de forma que "[...] as entidades jurídicas continuam a ser distintas e separadas de seus membros, mas tal distinção e separação podem ser desconsideradas sempre que a personalidade jurídica for utilizada como anteparo da fraude e abuso de direito". De tal forma, "[...] andou bem o legislador ao possibilitar ao juiz coartar a fraude ou abuso do sócio que se vale do escudo da pessoa jurídica para agredir o meio ambiente e locupletar-se".

Além disso, Marcella Blok (2013), explica que a desconsideração da personalidade jurídica firma-se também nos princípios da precaução e prevenção de forma que pode "[...] o diretor, o administrador, o membro do conselho ou órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou o mandatário, ter o seu patrimônio pessoal atingido, respondendo ele pela ocorrência de dano ao meio ambiente", de modo que "o respeito à integridade do meio ambiente ganhe força, uma vez que a lei parece não medir esforços na busca do ressarcimento ou da compensação dos danos". Portanto, "no direito ambiental, para que seja efetivada a desconsideração da pessoa jurídica, independe-se da comprovação de culpa ou atuação com excesso de poderes por parte daqueles que compõem a sociedade", considerando que basta "[...] tão somente da verificação da insuficiência patrimonial da pessoa jurídica para reparar ou compensar os prejuízos por ela causados à qualidade do meio ambiente", assim não se faz necessário "[...] para que ocorra a desconsideração, a prova de fraude ou do abuso de direito [...]".

Verifica-se, por conseguinte, que a responsabilidade civil de cooperativas de habitação frente à ocorrência de danos ambientais tem sido suscitada de forma mais comum pelo Ministério Público, o qual em alguns casos tenta, em um primeiro momento, aplicar os meios extraprocessuais, como o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, conforme constatado em duas das jurisprudências analisadas, posteriormente, em caso de descumprimento e/ou reincidência, ocorre à propositura de Ação Civil Pública buscando a reparação dos danos causados. Na questão da reparação dos danos, percebeu-se que o entendimento dos julgadores segue as normas constitucionais e infraconstitucionais, baseada na responsabilidade civil objetiva, adotando a reparação *in natura* e a reparação pecuniária, havendo preferência pela recomposição do meio

[6] BRASIL. Presidência da República. **Lei n° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

ambiente ao estado anterior e, quando não possível, a reparação pecuniária, podendo ainda ocorrer ambas as formas.

No que tange à questão dos associados lesados, verificou-se que a jurisprudência dispõe que a sociedade cooperativa deve devolver os valores pagos pelos cooperados ou então fazer a troca do imóvel por outro quando se trata de lotes irregulares. E, por fim, em se tratando de outros danos advindos da conduta dos administradores da sociedade cooperativa, deverão os associados suscitar em ação autônoma a apuração da responsabilidade do Conselho de Administração da cooperativa, podendo assim buscar a devida reparação pelos danos sofridos.

CONCLUSÃO

As questões ambientais têm sido foco de preocupações nos últimos tempos, pois o homem começa a sentir as consequências de ter agido, ao longo do tempo, sem prestar atenção à finitude dos recursos naturais. Assim, depois do estudo ora empreendido, verificou-se que o Direito Ambiental começou a se destacar cada vez mais nas discussões jurídicas e sociais conforme foram surgindo problemas relacionados à degradação, poluição e devastação ambiental. O objetivo do primordial do Direito Ambiental, em conjunto com os demais ramos do Direito, é regular as atividades e as condutas humanas que, de forma direta ou indireta, afetam ou possam vir a afetar o meio ambiente, impondo obrigações que visam a frear e equilibrar essas atividades, de modo a buscar ao máximo a redução do impacto que possam causar.

Nesse contexto, para que a tutela ambiental seja mais efetiva e abrangente, faz-se necessário ter conhecimento dos diplomas legais que dizem respeito à proteção do meio ambiente, bem como das competências e da estrutura do Poder Judiciário, pois é através dele que se busca a efetividade da norma jurídica na proteção ambiental. Foi isso que se buscou, inicialmente, neste estudo, para, depois, adentrar no foco, qual seja, analisar a possibilidade de responsabilização civil de cooperativas de habitação frente à ocorrência de danos ambientais.

Destaca-se que cabe tanto ao Poder Público, ao Judiciário, bem como à coletividade a função de proteção e defesa do meio ambiente, pois, como visto, trata-se de um bem de uso comum, expressamente previsto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988. O início da tutela jurídica do meio ambiente ocorreu com o Código Civil de 1916, a partir do qual o Direito Ambiental começou a evoluir no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, de forma gradativa, o legislador foi adaptando e criando normas legais direcionadas para a proteção e a preservação ambiental, com intuito também de prevenir problemas imediatos e futuros advindos de atividades e das condutas humanas.

Além disso, a tutela jurídica ambiental, no decorrer dos quatro momentos jurídicos mais marcantes por que passou, ganhou outras dimensões, ou seja, tornou-se mais abrangente quanto ao seu objetivo principal: a defesa e a proteção ambiental. Esses momentos consagraram o Direito Ambiental, que se destacou de forma definitiva com a criação da Lei n° 6.938/81 – Da Política Nacional do Meio Ambiente, posteriormente, firmou-se ainda mais com a criação da Lei n° 7.347/85, que trouxe a Ação Civil Pública como forma processual de buscar a reparação de danos causados ao meio ambiente. Além desses, a Carta Magna, em capítulo próprio, normatizou dispositivos legais voltados diretamente para a proteção e a preservação do meio ambiente e, após,

com a criação da Lei n° 9.605/98, foram disciplinadas sanções penais e administrativas por danos ambientais.

De tal forma, esses marcos na história do Direito Ambiental serviram de base para o desenvolvimento de instrumentos e princípios que são para a tutela jurídica ambiental uma espécie de condutor para a execução das normas por intermédio dos meios processuais e extraprocessuais criados. Nesse sentido, destacam-se como meios extraprocessuais o inquérito civil, cuja legitimidade é exclusiva do Ministério Público para propô-la e que é um procedimento administrativo de caráter investigatório. Tem-se ainda o inquérito policial, destinado à apuração de infrações penais e que auxilia na fundamentação da possível denúncia ou queixa. Já o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) é feito por um dos órgãos públicos que tenham legitimidade para propor a ação civil pública e, nele, impõe-se uma obrigação de fazer ou não fazer ao causador dos danos ambientais. Têm-se ainda as audiências públicas que são utilizadas pelo Ministério Público com o intuito de colher provas, dados e informações acerca do assunto e, por fim, têm-se as recomendações, que são orientações feitas a órgãos públicos e privados em relação ao cumprimento de normas. Quanto aos meios judiciais, tem-se a ação civil pública como principal meio processual na defesa do meio ambiente, a qual pode impor a obrigação de reparar o dano através da reparação *in natura* e/ou a condenação pecuniária, bem como uma obrigação de encerrar a atividade danosa ao meio ambiente. Tem-se também a ação popular, que é de legitimidade exclusiva do cidadão para a sua propositura e é destinada à defesa de interesses difusos, além do mandado de injunção e, por fim, na esfera penal, tem-se a ação penal pública voltada para os crimes ambientais, cuja legitimidade para propô-la é do Ministério Público.

Quanto aos Princípios, servem de base para a aplicação das normas legais, assim, norteiam o disposto na norma dando sentido jurídico e social à sua aplicação e embasando as normas gerais para que possam ser aplicadas na sua finalidade real. Os princípios do Direito Ambiental servem de base estruturante na aplicação da norma jurídica ambiental.

Especificamente no que tange às sociedades cooperativas, constatou-se que constituem um meio de pessoas que possuem objetivos em comum, através da união, buscarem viabilizar determinados projetos que serão de benefício coletivo dos associados àquele empreendimento e àquela cooperativa. Para tal, é necessário um regime jurídico e tratamento diferenciado para as sociedades cooperativas, a fim de que haja a desburocratização na realização de seus projetos. Importa destacar que a evolução na legislação das sociedades cooperativas não foi de todo abrangente, pois ainda está distante de regular aspectos particulares desse regime societário, ou seja, a legislação dispõe de aspectos gerais no que concerne à regulação das cooperativas, entretanto não dispõe de regramento jurídico específico aos seus ramos e ou suas espécies, o que pode desencadear uma série de questionamentos sobre suas ações, colocando em dúvida, muitas vezes, os resultados de seus atividades, consequentemente, aumentando a demanda desses questionamentos no judiciário.

Além disso, as cooperativas são por si só distintas das outras formas de sociedade levando em conta seu objeto e sua finalidade. Falando-se mais especificamente ainda, as cooperativas de habitação destacam-se por suas particularidades, pois, além de serem disciplinadas pela Lei n° 5.764/71 como regra geral, também se norteiam, em alguns aspectos, pela Lei n° 6.766/79, que

dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano, a fim de que possam desenvolver seus projetos habitacionais, tendo em vista que não há regulamentação jurídica específica para a criação de loteamentos por cooperativas de habitação. De tal forma, as cooperativas habitacionais, por não estarem dispostas em legislação específica, acabam tendo que usar dispositivos legais gerais como fundamento para poderem realizar seu projeto de cunho social.

Embora a análise do foco deste estudo tenha encontrado limitações quanto à escassez de bibliografia sobre o tema, a partir da doutrina e pelas jurisprudências analisadas, é possível afirmar que a responsabilidade civil de cooperativas de habitação frente à ocorrência de danos ambientais tem sido suscitada de forma mais comum pelo Ministério Público, o qual tenta, primeiramente, valer-se dos meios extraprocessuais, como o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e, posteriormente, em caso de descumprimento e/ou reincidência, ajuíza a Ação Civil Pública, buscando a reparação dos danos causados ao meio ambiente.

Quanto à questão da reparação dos danos, percebeu-se que o entendimento dos julgadores vai ao encontro das normas constitucionais e infraconstitucionais, ou seja, havendo dano ambiental, caberá a aplicação da responsabilidade objetiva, na qual não se perquire a culpa, buscando a reparação *in natura* e a reparação pecuniária, sobressaindo a preferência pela recomposição do meio ambiente ao estado anterior e, quando não possível, a reparação pecuniária, podendo ocorrer a cumulação de ambas as formas.

E, por fim, no que tange à questão dos associados lesados, verificou-se que a jurisprudência dispõe que a sociedade cooperativa deve devolver os valores pagos pelos cooperados ou então fazer a troca do imóvel por outro quando se trata de lotes irregulares. Em se tratando de outros danos advindos da conduta dos administradores, os associados precisarão suscitá-los em ação autônoma para apurar a responsabilidade do Conselho de Administração.

Apesar da escassa produção teórica sobre esse tema, acredita-se que os objetivos foram atingidos e que se possa ter contribuído para a imperiosa necessidade de constante reflexão acerca da ocorrência de danos ambientais e suas implicações na esfera jurídica, como forma de cada vez mais se buscar a proteção do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BLOK, Marcella. Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.** v. 59, p. 91-167, Jan./Mar. 2013. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015849 07837c479c99df&docguid=I4a0df1508e0311e2bdde010000000000&hitguid=I4a0df1508e0311e2bdde01000 0000000&spos=1&epos=1&td=173&context=53&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 09 nov. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina 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 (vetado) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 09 ago. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei n° 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm>. Acesso em: 03 nov. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Cooperativas de habitação no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003.

CASTELO, Dora Bussab. Cooperativas habitacionais e algumas considerações sobre associações. **Revista de Direito Imobiliário.** v. 46, p. 134-182, Jan./Jun. 1999. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000157d2e8aa04c25e369f&docguid=I7264a800f25711dfab6f010000000000&hitguid=I7264a800f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=39&context=26&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 17 out. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DEEBEIS, Toufic Daher. **Elementos de direito ambiental brasileiro.** São Paulo: LEUD, 1999, p. 29.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA, Henrique Felipe. Fundamentos da responsabilidade civil. Dano injusto e ato ilícito. **Revista de Direito Privado.** v. 3, p. 110-125, Jul./Set. 2000. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000157bec745346573cb83&docguid=I8caa30b0f25511dfab6f010000000000&hitguid=I8caa30b0f25511dfab6f010000000000&spos=10&epos=10&td=4000&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 out. 2016.

FETTBACK, Eneida Tavares de Lima. **Cooperativas e tutela coletiva ambiental.** Curitiba: Juruá, 2009.

FIGUEIREDO, Nilsa Terezinha Capiem de. **Cooperativas Sociais:** alternativa para inserção. Porto Alegre: Evangraf, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS, José Carlos. Loteamentos clandestinos e suas modalidades fraudulentas: atuação preventiva dos agentes públicos. **Revista de Direito Imobiliário.** v. 48, p. 11-28, Jan./Jun. 2000. **Doutrinas Essenciais de Direito Registral.** v. 2, p. 679-699, Dez. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000157d2e8aa04c25e369f&docguid=I72f3a190f25711dfab6f010000000000&hitguid=I72f3a190f25711dfab6f010000000000&spos=13&epos=13&td=39&context=195&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 17 out. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental.** 2. ed., rev. atual. São Paulo: Atlas, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 5. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Direito ambiental:** responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente. 3. ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. Criação de espaços territoriais especialmente protegidos e indenização. **Revista de Direito Ambiental.** v. 25, p. 108-128, Jan./Mar. 2002. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000015723e4a9fe2b2cdc51&docguid=I31e7a930f25211dfab6f010000000000&hitguid=I31e7a930f25211dfab6f010000000000&spos=10&epos=10&td=63&context=235&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 set. 2016.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito Civil de A a Z.** Barueri: Manole, 2008.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito ambiental.** 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

MILARÉ, Édis. A nova tutela penal do ambiente. **Revista de Direito Ambiental.** v. 16, p. 90-134, Out./Dez. 1999. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa**. v. 3, p. 147-212, Jul. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015849907837c479c99df&docguid=I263064b0f25211dfab6f010000000000&hitguid=I263064b0f25211dfab6f010000000000&spos=31&epos=31&td=173&context=15&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 09 nov. 2016.

_____. **Direito do ambiente.** 10. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Direito do ambiente.** 8. ed. rev., atual. refor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Direito do ambiente:** doutrina: prática: jurisprudência: glossário. 2. ed., rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOURA, Cid Capobiando Soares de. **Responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública pelo dano ambiental coletivo.** Belo Horizonte: Clube de Autores, 2013.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressistematização – responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade negocial; responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade subjetiva comum ou normal, e restrita a dolo ou culpa grave; responsabilidade objetiva normal e agravada. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil.** v. 1, p. 145-195, Out. 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000157be30184c8e3fdc67&docguid=I700c5030cbe511e18d1300008517971a&hitguid=I700c5030cbe511e18d1300008517971a&spos=1&epos=1&td=499&context=16&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 out. 2016.

PEREIRA, João Batista Brito. Cooperativa, uma alternativa: Conceito. In: ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de; BRAGA, Ricardo Peake (Coord).. **Cooperativas à luz do Código Civil.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PINHO, Diva Benevides. **O cooperativismo no Brasil:** da vertente pioneira à vertente solidária. São Paulo: Saraiva, 2004.

SÉGUIN, Elida. **O direito ambiental:** nossa casa planetária. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Danny Monteiro da. **Dano ambiental e sua reparação.** Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Vicente Gomes da. **Legislação ambiental comentada.** Belo Horizonte: Fórum, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

HERMENÊUTICA JURÍDICA APLICADA À (DES)CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS

Laura Mourales Bauer[1]
Henrique Alexander Grazzi Keske[2]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A opção pela temática parte da crescente sensação de esgotamento dos sistemas de combate ao narcotráfico, sobretudo em virtude do desacordo moral existente na sociedade acerca do assunto, demonstrado, inclusive, pelo debate iniciado no Supremo Tribunal Federal acerca da descriminalização do porte de *cannabis* para uso pessoal.

Inicialmente, analisou-se o contexto evolutivo da hermenêutica, estudando-se a hermenêutica filosófica e seus principais pensadores, caracterizando o conceito de compreensão, aplicação e intepretação dos textos e discursos de forma abrangente, correlacionando-os com os princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana e intimidade e vida privada.

Posteriormente, analisou-se a origem da criminalização do uso de drogas, bem como as legislações nacionais atinentes ao tema, especificamente as Leis nº 6.368/76, ora revogada, e 11.343/06, criticando-a no sentido de sua insuficiência frente à urgência na decisão das questões correlatas e suas consequências práticas no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, buscou-se diferenciar os conceitos de descriminalização e legalização, de suma importância para a compreensão do tema.

Após, abordou-se o Recurso Extraordinário nº 635.659, de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o qual pretende modificar o entendimento que o Direito possui quanto à definição e sanções ao usuário de drogas no Brasil, no sentido de descriminalizar a conduta, afastando-a da seara penal. Assim, averiguaram-se os argumentos contidos nos votos já proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, avaliando-se como a descriminalização do porte para uso pessoal da referida substância ilícita no Brasil, através do julgamento do mencionado Recurso Extraordinário, determinará a futura e eventual descriminalização de outras drogas. Ainda, discorreu-se brevemente sobre a legalização de *cannabis* em nível internacional, a exemplo do Uruguai e Estados Unidos.

Em linhas gerais e buscando a evolução da sociedade contemporânea, recomenda-se apostar na legitimidade de um Estado capaz de assumir a regulação da comercialização das drogas e de todos seus derivados, utilizando-se, ainda que potencialmente, de uma obediência à legalidade, a fim de institucionalizar o fim do proibicionismo, com o consequente término dessa guerra sem vencedores.

Ainda, é relevante estudar com mais cuidado as controvérsias nas políticas de criminalização do uso, porte e tráfico de drogas, observados os direitos fundamentais esculpidos na legislação pátria. A relevância do tema demonstra-se através do amplo debate e da superlotação

[1] Bacharela em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: lauramavsf@hotmail.com.
[2] Doutor em Filosofia pela Unisinos. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: henriquek@feevale.br.

das penitenciárias brasileiras em virtude da equiparação do usuário de drogas ao verdadeiro traficante.

Neste viés, entende-se que o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659, ao qual foi atribuído o caráter de "repercussão geral", vai redefinir o tratamento dado aos usuários de drogas e, consequentemente, transmutar antigos tabus, aproximando a verdadeira luz do Direito às reais mazelas da sociedade, tais como o sucateamento da educação pública, a criminalização da pobreza, o racismo estrutural a os efeitos nefastos da má distribuição de renda.

HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E HERMENÊUTICA JURÍDICA

A dimensão social do homem adaptou-se ao longo dos séculos, tendo o *homo sapiens* evoluído nos mais diversos âmbitos, até o momento em que se deparou com o pacto social, que se desdobrou até a codificação das convenções e a necessidade inerente de interpretar as normas concretizadas nos códigos. Nesse momento histórico-filosófico, o ser, a consciência e a linguagem despontam como instauradores de sentido no mundo (ROSSEAU, 2012).

Assim, como forma de explicitar esses instauradores de sentido, observa-se a hermenêutica filosófica, criada para que fosse possível compreender o sentido das práticas humanas e para tornar reais as ideias sobre as mais diversas áreas do saber. Tem-se como principal expoente da interpretação filosófica a escola de Gadamer, que busca estabelecer características e pressupostos de uma teoria geral da compreensão, pois a vê como meio de existência do próprio indivíduo, tal como a premissa cartesiana "penso, logo existo". Contudo, não há compreensão plena, uma vez que o ser limita-se por suas experiências e história (ZANINI, 2006, p. 78).

A hermenêutica conecta-se com a existência ao passo que a traduz e nela se consome. O homem, ao pertencer a determinado povo ou época, carrega consigo determinada visão de mundo, construída a partir das próprias vivências, no processo compreensivo baseado em duas fontes de preconcepção, a autoridade e a tradição, primordiais para a compreensão sob a ótica de Gadamer. Partindo dessa premissa, admite-se que o intérprete que lança seu conceito em um texto, se valha de suas preconcepções, ainda que na figura de referências, para interpretá-lo (GADAMER, 2014).

Corolário lógico, portanto, é que, por mais que existam condutas humanas que foram sedimentando-se temporalmente e que tendem a repetir-se por conta da tradição, há fatos e eventos que, ocorrendo, possuem o condão de alterar a perspectiva do indivíduo e modificar fundamentalmente o sentido da intepretação. Tais fatos devem ser considerados para a melhor consciência hermenêutica do universalismo filosófico.

Falando-se sobre facticidade, linguagem e gramática, imperioso trazer o entendimento de Heidegger, uma vez que o autor acredita que a "filosofia se transformou em uma técnica de explicação das causas últimas, num domínio da subjetividade e da metafísica, que se apoderou da interpretação da realidade" (LYRA, 2011 p. 33-67).

De todo modo, a evolução da hermenêutica filosófica e a derivação da hermenêutica jurídica refletem o desenvolvimento das ideias sobre o homem e seu papel no mundo, bem como a instigação em investigar a vontade do legislador incutida na norma. Tal necessidade funda-se na

constante reciclagem do produto social e da consciência jurídica do povo. Trata-se de processo natural e inerente à sociedade da forma em que está organizada nos recentes séculos.

A Hermenêutica Jurídica, por seu turno, caracteriza-se pela interpretação das leis, basicamente. Todo postulado jurídico deve ser interpretado para ser aplicado. A Hermenêutica, portanto, funciona como uma aproximadora de sentido entre as leis e os casos concretos, produzindo a aplicação da norma positivada. Essa norma aplicada, por sua vez, é construída pela lei e pela jurisprudência. A hermenêutica é essencial no processo de instauração de sentido pelo ser, tendo como ferramenta principal a linguagem e suas diversas utilizações (SAVIGNY, 1994).

Interpretar quer dizer tentar entender algo de maneira particular e especial. Significa abstrair os motivos ou as intenções do autor do texto jurídico, por exemplo. Logo, a norma é o que dela se extrai através da leitura e o que se exprime pela linguagem (DWORKIN, 1999).

A lei, por sua vez, é um conjunto de normas que regem a sociedade que a disciplina para o bem de todos. Rousseau diz que "todos os direitos são fixados pela lei" (ROSSEAU, 2012 p. 40). Faz-se necessária, então, uma interpretação desta lei, visto que não é viável a ela disciplinar a todos os comportamentos individuais dos seres humanos. Interpretar requer um estudo sistemático de notável depuração dos textos normativos, seguindo determinados métodos e diretrizes. Para Kelsen (2011), "a necessidade de uma interpretação resulta justamente do fato de a norma aplicar, ou o sistema das normas deixarem várias possibilidades em aberto." (KELSEN, 2011, p. 392).

Pela hermenêutica jurídica, o intérprete não só interpreta o texto legal, como aplica, efetivamente, o Direito. E tendo o intérprete a Constituição como parâmetro, sua interpretação deve ser entendida como constitucional. Nas palavras de Moreira (2015, p. 64-80):

> A erudição acerca das diversas metodologias constitucionais aumenta a capacidade de encontrar meios que traduzam com maior respeito possível a força normativa da Constituição e a vontade constitucional. Usar somente os métodos clássicos – interpretação gramatical, histórica, sistêmica e teleológica, resulta em limitar o raio de ação dos intérpretes. A escolha dos métodos traduz as preferências do intérprete até por outros ramos do conhecimento, como a história, a sociologia, a filosofia, a economia, entre outros, que se encaixam, respectivamente, a título sugestivo, nas metodologias histórica, científico-espiritual, tópica e o pragmatismo-consequencialista. O intérprete da Constituição mais preparado deverá utilizar as metodologias mais aptas a defender e tornar efetivo o texto constitucional.

Häberle (2002, p. 32) enfatiza que a interpretação constitucional não está adstrita aos constitucionalistas, bem como alerta sobre a amplitude de tal interpretação. Nas palavras do autor:

> Tem-se aqui uma derivação da tese segundo a qual todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados. Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que delas devam participar. É que se cuida de Constituição enquanto processo público (Verfassung als öffentlichen Proezess). Diante da objeção de que a unidade da Constituição se perderia com a adoção desse entendimento, deve-se observar que as regras básicas de interpretação remetem ao "concerto" que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas. A própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação! A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes.

Em suma, a interpretação constitucional se contrapõe à interpretação juspositivista, "consistente numa atividade puramente declarativa e reprodutiva de um direito preexistente e supostamente acabado, incapaz, portanto, de fazê-lo acompanhar a evolução ocorrida na sociedade" (MACIEL, 2015, p. 417).

Dentro desse contexto, importante situar e conceituar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a fim de relacionar a interpretação constitucional e a eventual descriminalização das drogas no Brasil. Segundo Sarmento, o princípio é tido como a união das tidas melhores qualidades e benefícios humanos, inclusive na condição de regra de condutas, sempre na busca pela sensação de bem-estar geral, no sentido de garantia de direitos e efetividade do Estado. Assim, o texto constitucional, de quem a dignidade da pessoa humana recebeu o título de fundamento do Estado Democrático de Direito, cria um princípio-direito fundamental à dignidade, que ultrapassa em amplitude os demais princípios já há muito celebrados (SARMENTO, 2016).

Em nível internacional, o princípio foi levado a efeito por meio do Pacto de San José da Costa Rica, tratado internacional de direitos humanos, que foi recepcionado pela legislação nacional em 1992. Portanto, antes de ser signatário do referido pacto em prol dos direitos humanos, o Brasil já ostentava em sua Constituição Federal a garantia ao direito à intimidade e vida privada (STOCO, 2015).

Dizer-se que o indivíduo possui o direito de manter sua intimidade significa confirmar sua individualidade no plano jurídico, visto que ninguém pode ser obrigado a fazer algo senão em virtude de lei. Ou seja, é por meio desse princípio que o Estado assegura ao indivíduo o exercício de sua liberdade individual. Dotti (2015) traz importante conceituação a respeito do princípio, veja-se:

> A intimidade é um sentimento, um estado de alma, que existe nos ambientes interiores, mas se protege também no exterior para ser possível a liberdade de amar, pensar, sorrir, chorar, rezar, enfim a liberdade de viver a própria vida e morrer a própria morte. É assim uma das liberdades fundamentais do corpo, da mente e do espírito.

Assim como o princípio da dignidade humana, ainda que em menor escala, o princípio da vida privada demanda profunda análise dos casos em que é aplicado e, por conta da subjetividade, levanta divergências doutrinárias quanto a sua definição. A maioria dos doutrinadores compreende que o princípio da intimidade consubstancia-se no princípio da vida privada, que, por ser mais abrangente, será utilizado no desenvolvimento do presente estudo, sobretudo em respeito ao texto constitucional, que define que são invioláveis tanto a intimidade, quanto a vida privada.

Em última análise, retomando-se o estudo da intepretação constitucional, tem-se que com a Constituição Federal de 1988 diversos princípios -, mormente os da personalidade -, foram positivados, permitindo-se maior difusão e aplicação. Outrossim, consigna-se que não é tarefa simples a de interpretar o conteúdo do texto constitucional, tarefa que é atribuída formalmente aos juízes e tribunais, pois a práxis jurídica em muito varia de acordo com a subjetividade do intérprete e tende a manter-se em constante transformação.

Superada a contextualização da evolução hermenêutica, bem como após a abordagem dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e intimidade e vida privada, busca-se demonstrar a intepretação das normas jurídicas relacionadas ao tema da descriminalização das drogas no Brasil mediante o estudo do discurso do legislador e a intepretação feita pelos julgadores, pontualmente na esfera do Supremo Tribunal Federal, por meio da análise do Recurso Extraordinário nº 635.659 de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Tecidas essas considerações preliminares, ressalta-se que, antes de ater-se à análise dos votos já proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal quanto ao recurso supramencionado, importante adentrar no mérito da origem da criminalização do uso de drogas e das leis nacionais que a regulam, bem como ilustrar a ineficiência de tais leis no que concerne ao combate às drogas.

A CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS

Antes de adentrar na pesquisa da origem e da motivação de proibir o consumo, cultivo e venda de substâncias que carregam o estigma da ilicitude, salutar diferenciar os conceitos de legalização e descriminalização. O primeiro refere-se à previsão expressa de regulamentação das atividades de produção e comércio de drogas, ao passo que o segundo busca retirar a prática do uso dessas substâncias da seara penal, tratando-a como fato resolúvel na esfera civil, mantendo-se, contudo, a proibição de venda, cultivo e afins, assim como a ilicitude da droga (ROCCO, 1996).

Não há como precisar a origem do uso de substâncias pelo ser humano, sendo provável que a prática ocorra há milênios, inclusive antes de Cristo, tendo em vista que diversas substâncias hodiernamente classificadas como ilícitas sempre estiveram à disposição do homem na natureza. Contudo, é possível conceber, segundo Rocco (1996), que a utilização de drogas em muito é influenciada pela cultura de um país. Quanto a isso, insta ressaltar que o presente trabalho, em que pese discorra sobre a descriminalização de drogas, pretende-se atentar ao uso de *cannabis,* popularmente conhecida como maconha, e que, de acordo com o autor supramencionado, despontou no Brasil na época da escravidão. Em suas palavras:

> Ao final da Primeira Guerra, passaram a vigorar os termos da primeira legislação a respeito. E foi nessa época que o Brasil aprovou sua primeira legislação a respeito. A maconha, surgida com a chegada dos escravos, era então associada à vagabundagem, pois os negros que a utilizavam reagiam ao trabalho forçado. A cocaína, da mesma forma, era associada aos negros do sul dos Estados Unidos, daí a carga de preconceitos oriunda do sistema de hegemonia branca e escravocrata (ROCCO, 1996, p. 9).

Em que pese o estigma incutido na droga, a *cannabis* permaneceu sendo amplamente utilizada no Brasil desde a época da escravatura até a contemporaneidade; contudo, manteve-se ilícita e fortemente discriminada na mesma proporção em que comercializada. O tema se enquadra nos denominados tabus sociais, pois é uma prática ilícita que, ainda que haja legislação específica que vise a coibir o uso de drogas, não se presta para a finalidade pretendida, o que será analisado ao longo do presente título.

O termo "droga" possui diversos significados segundo o dicionário Michelis (2016), o qual atribuiu ao vocábulo, inicialmente, a definição de se trata de qualquer substância utilizada em homens e animais, para fins de tratamento, diagnóstico, alívio e cura de doenças; um segundo sentido é compreendido como sendo um termo genérico que caracteriza substâncias alucinógenas e entorpecentes que podem alterar o humor e levar o usuário à dependência química; o terceiro sentido, mais amplo, relaciona-se com todas as substâncias ou ingredientes utilizados em farmácias, químicas e tinturaria. Sob esse viés, evidencia-se que até mesmo acerca do conceito de *droga* gira certa ambiguidade, uma vez que ora é definida como substância maléfica para o organismo humano, ora é reconhecida como substância dotada de propriedades curativas. Essa indefinição fomenta discussões sobre o tema, sobre o qual não há consenso (GREGORIM, 2016).

A criminalização de substâncias psicoativas em nível internacional remonta ao século XX e sua origem documentada refere-se ao consumo de ópio na região da China. Durante o período entre guerras, tentou-se obter algum entendimento internacional quanto à classificação de entorpecentes e a proibição do uso, sem, contudo, chegar-se a algum consenso, mormente por conta de que o interesse dos países produtores de tais substâncias se sobrepunha aos interesses da humanidade (GRECO FILHO, 1996).

Seguindo nesse contexto, tem-se a Convenção Única sobre Entorpecentes, realizada em 1961, da qual o Brasil foi signatário, que fixou a competência da ONU em matéria de fiscalização internacional de entorpecentes, estabeleceu rol de substâncias classificáveis segundo suas propriedades, e determinou as disposições penais com relação ao tráfico e ao uso. Considerando que a referida convenção não continha em sua lista de proibições algumas substâncias que passaram a ser classificadas como ilícitas no cenário internacional, em 1971 realizou-se em Viena a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas, a fim de controlar a sua preparação, uso e comércio. No ano de 1990, surge a terceira Convenção sobre o tema, que buscou complementar as Convenções de 1961 e 1971, acrescentando-se o éter etílico e acetona na lista de substâncias controladas (GRECO FILHO, 1996).

Manifestamente insuficientes, o longo processo de negociações internacionais sobre o tema culminou na Convenção das Nações Unidas de 1988, que abordou o surto de consumo e comércio ilegal de substâncias tóxicas e psicotrópicas, aprofundando os meios investigativos e enrijecendo as consequências punitivas às práticas mencionadas. Cuida-se, portanto, de Convenção que focou no tráfico internacional de drogas e que tratou a questão do consumo de forma menos pontual (POIARES , 1998).

Em nível nacional, a preocupação com as substâncias tóxicas e entorpecentes foi inicialmente positivada nas Ordenações Filipinas e, posteriormente, no Código Criminal de 1890.

Após, e diante da insuficiência, foram editados inúmero decretos sobre a matéria, chegando-se à promulgação da Lei nº 6.368 de 1976, a primeira legislação especial acerca da matéria no Brasil.

Traça-se um paralelo entre a criminalização do uso de drogas e o princípio da intimidade e vida privada por meio do pensamento de Poiares, tendo em vista que o Estado, ao punir o indivíduo pelo uso de uma substância que, em tese, prejudica sua saúde – e sobre a qual o indivíduo detém o poder de escolha -, viola, de certa forma, princípios fundamentais em favor da desumanização do indivíduo. Nas palavras do autor:

> A criação de normas criminais, num Estado Democrático de Direito, deverá fundar-se na sua própria necessidade, tendo em vista a segurança da sociedade, e desde que a generalidade dos destinatários tenha interiorizado essa necessidade, ou seja, que se reveja no conteúdo material da lei incriminatória e nos valores que com ela se pretende acautelar. [..] Ora, sempre que a Lei toma partido sobre o sentido moral das coisas acaba por criar conflitos irreversíveis de consciência na comunidade, invadindo o espaço íntimo dos cidadãos, ou seja, desumaniza-se, e nessa desumanização, torna-se segregadora e totalitária (POIARES, 1998, p.77).

A gravidade que a prática de tráfico de drogas apresenta para o ordenamento jurídico é verificada pelo teor do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal, que atribuiu à prática a impossibilidade de ser arbitrada fiança, equiparando-a à ilícitos infinitamente mais graves, tais como terrorismo e crimes hediondos. Há que se pensar, ainda, que a manutenção da criminalização da conduta do usuário de drogas no Brasil "prevê as sanções sem analisar previamente se da sua aplicação não advirão maiores custos sociais, ponto até em causa a eficácia do Direito Penal na sua globalidade, fruto da banalização da pena." (POIARES , 1998, p. 79).

Poaires (1998, p. 82), em seu estudo acerca do discurso de legislador em face do tema, traz importante concepção acerca da descriminalização. Para o autor:

> Os processos conducentes à descriminalização apontam uma perspectiva plural e aberta da sociedade, erigindo a tolerância em valor fundamental: trata-se não só de um ordenamento laicizado mas moralmente neutro, fundado no cumprimento escrupuloso dos direitos e garantias aceites a nível universal; a criminalização tende a ficar reservada para infrações que colidem com valores e bens jurídicos de particular relevância, suscetíveis de afetarem a estrutura da própria comunidade humana. Por isso, o discurso e as práticas de descriminalização baseiam-se habitualmente em projetos de maior liberdade social, pretendendo-se que a intervenção do Direito Penal seja apenas *ultima ratio* vocacionada para a reposição dos valores agredidos pela transgressão.

Cumpre ressaltar, ainda, que a *cannabis* é culturalmente utilizada na fabricação de fibras têxteis resistentes, uma vez que uma das substâncias geradas a partir de seu cultivo é o cânhamo, por meio do qual são fabricados cordões e tecidos grossos (GREGORIM, 2016). Mais do que isso, o cultivo de cânhamo, junto com cevada e trigo, "era a principal atividade agrícola no Egito Antigo, entre os anos de 5.000 a 715 a.C. Teria chegado à Europa em 1.500 a.C, vinda da Ásia" (SILVA, 1997, p.124). Sob esses aspectos, tem-se que a impossibilidade do cultivo da planta traz mais prejuízos à sociedade do que propriamente a disseminação de suas plantações. Vale dizer que há mais conteúdo benéfico na planta do que, certamente, em diversas outras substâncias lícitas à disposição

do ser humano, a exemplo do álcool e da nicotina. Outrossim, aliado a isso, tem-se que a proibição do cultivo e do uso de *cannabis* não inibe/previne que a planta seja efetivamente consumida. Esse também é o entendimento de (ROCCO, 1996, p.60-61):

> As drogas atualmente são liberadas, já que estão à disposição de quem quiser, e não passam por nenhum tipo de controle de qualidade. [...] Isso porque qualquer um pode, hoje em dia, vender cocaína, maconha ou outra substância ilícita distinta, se se dispuser a correr o risco do crime.

A possibilidade de descriminalização das drogas no Brasil levanta debates importantes e que deverão ser respondidos com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659. As principais inseguranças quanto ao tema relacionam-se ao tratamento que o usuário receberá se for retirada da esfera penal a punição do uso, além do fato de que o imaginário popular não concebe a descriminalização do uso e a manutenção da guerra ao tráfico. É necessário, contudo, compreender que a descriminalização das drogas, em verdade, descriminaliza a conduta, hoje punível, de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas, para consumo pessoal, prevista no artigo 28 da vigente lei de drogas (Lei nº 11.343/06) que será oportunamente abordada. Sob esse viés, a proposta de descriminalização mantém os sistemas de prevenção ao consumo e combate ao tráfico, permanecendo as substâncias proibidas tanto para o tráfico quanto para o consumo (ROCCO, 1996).

Carvalho (2013, p. 261) traça importante paralelo entre a descriminalização do uso de drogas e os ideais do Estado Democrático de Direito, que, sob sua ótica, justificam a imediata alteração na legislação especial que trata sobre o tema. Para o autor:

> O principal postulado do direito penal moderno, que funda os modelos de direito penal do fato, é a radical separação entre direito e moral, determinando que a pena não pode servir para reforçar ou impor determinados padrões de comportamentos. A assunção do pluralismo cultura, portanto, é máxima fundante dos Estados Democráticos de Direito. Neste quadro, os princípios de lesividade, intimidade e vida privada instrumentalizam a máxima secularizadora, visto que somente podem ser proibidas condutas que ofendam ou coloquem em perigo (concreto) bem jurídicos de terceiros. Exclui-se, pois, qualquer legitimidade criminalizadora contra atos autolesivos, condutas que não violam ou arriscam bem alheios, condições ou opões individuais (ideológicas, políticas, religiosas, sexuais, entre outras). No caso específico da legislação de entorpecentes, a previsibilidade de condutas autolesivas e que não violam terceiros (crimes sem vítima) como delito desqualificam qualquer justificativa incriminadora razoável.

Dessa análise, emana o questionamento do que se pretende, então, com a descriminalização do uso de drogas. No intuito de apurar-se a efetividade da proposta de descriminalização, passa-se a analisar as legislações nacionais[3], que regulam a matéria, bem como verificar em que sentido o Supremo Tribunal Federal posiciona-se quanto à possibilidade de descriminalizar-se o uso de drogas no Brasil (BRASIL, 2015).

[3] Em função das peculiaridades editoriais exigidas para este artigo, não se torna possível o exame da legislação referida, de forma que se encaminha, para um estudo mais aprofundado, a leitura do inteiro teor da pesquisa, que pode ser acessado em Universidade Feevale: BAUER, Laura.

ANÁLISE DO VOTO DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inicialmente, verificar-se-á de que forma o Relator do recurso, Ministro Gilmar Mendes, interpretou a legislação especial de drogas e quais argumentos basearam seu voto. Posteriormente, será analisado, da mesma forma, o conteúdo dos votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Facchin, quanto à interpretação constitucional do artigo 28 e seus desdobramentos.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, estabelece que o recurso versa sobre a preponderância entre direitos fundamentais coletivos e individuais: de um lado, o direito à segurança e à saúde; de outro lado, o direito à intimidade e vida privada. A hermenêutica constitucional realizada pelo relator traz à baila o teor dos artigos 5º e 7º da Constituição Federal, procurando identificar a pretensão criminalizadora e a tipificação penal de certas condutas pelo legislador. Trata-se, portanto, de hipótese de colisão de direitos.

Em continuidade, o Ministro esclarece que depende de intenso trabalho hermenêutico a melhor intepretação da preponderância de direitos ou de restrições. Nesse aspecto, o julgador explica que, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e demais direitos de personalidade, ainda que haja previsão legal para a criminalização da conduta do usuário de drogas, este não pode ser tolhido em seu gozo completo dos referidos preceitos, sobretudo não pode ter a si atribuída conduta criminosa, para que possa exercer suas prerrogativas fundamentais.

Para o Ministro, há medidas administrativas mais eficazes para prevenção ao uso indevido de drogas do que a manutenção da criminalização da conduta. Em seu voto, o Ministro ainda clarifica o entendimento de que dar ao usuário o tratamento atual é contrariar os objetivos das políticas públicas sobre o tema, rotulando-se indevidamente o usuário e dificultando sua reinserção social. Quanto à diferenciação do usuário e do traficante, o Ministro esquivou-se de determinar eventual quantidade, cingindo-se a consignar a necessidade de regulamentação posterior nesse sentido.

Por fim, ao votar pelo provimento do recurso no sentido de declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, o Ministro ressalvou que devem ser mantidas as medidas previstas no referido artigo, deslocando-se sua aplicação da esfera penal à esfera civil, até que sobrevenha legislação específica. Em suma, afastou-se igualmente a possibilidade de prisão em flagrante do usuário, bem como a necessidade de condução coercitiva e apresentação ao juiz competente, previstos nos artigos 48, §§1º e 2º, e 50 da Lei 11.343/06, interpretando-os à luz da Constituição. Na visão do Ministro, que, portanto, votou pela absolvição do acusado, "a criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde" (BRASIL, 2015).

Após vista do processo, o Ministro Luís Roberto Barroso proferiu voto no sentido de acolher o pedido da parte ré para declarar a inconstitucionalidade do artigo 28, e, por consequência, descriminalizar o porte de drogas para uso pessoal. O Ministro ressaltou o fracasso da atual política de drogas, o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e os prejuízos à saúde pública. As razões jurídicas utilizadas foram o direito à privacidade, à autonomia individual e a

desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, não se prestando, na opinião do Ministro, a promover a saúde pública.

Em seu voto, o Ministro Barroso entende que devem ser estabelecidos critérios quantitativos para diferenciação do usuário e do traficante, pois, na política atual de drogas, há que se sopesar o efeito discriminatório – evidenciando-se a criminalização da pobreza e o racismo estrutural existentes no Brasil -, na medida em que ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes. O Ministro sugere que a legislação brasileira se utilize dos critérios estabelecidos em Portugal, que não considera tráfico a posse de até 25 (vinte e cinco) gramas de *cannabis;* no tocante ao cultivo, o limite proposto é de seis plantas fêmeas. Contudo, o Ministro traz a ressalva de que o juiz poderá, dependendo de sua subjetividade, flexibilizar tais parâmetros em favor do usuário.

Por fim, o Ministro votou pelo provimento do recurso e consequente absolvição do réu, por entender, em síntese, que a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 é inconstitucional.

Dando seguimento, tem-se o entendimento do Ministro Facchin, que votou pelo parcial provimento do recurso, no sentido de que a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 restrinja-se ao porte para uso de *cannabis,* mantendo-se a criminalização das demais drogas ilícitas. Assim, o Ministro, com a ressalva de que a descriminalização se atenha ao porte de *cannabis*, votou pelo parcial provimento do recurso, absolvendo-se o réu da prática criminal imputada. Além disso, o Ministro atribui a competência de elaboração e execução de políticas públicas e parâmetros diferenciadores à Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas e ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Tendo em vista a relevância do tema, o Ministro sugere, em seu voto, a criação de um Observatório de Drogas, na forma de comissão temporária, organizado pelo Supremo Tribunal Federal, no intuito de acompanhar os efeitos da deliberação relativa ao Recurso Extraordinário nº 635.659, especialmente no que tange à diferenciação entre usuário e traficante, bem como no que concerne à regulamentação, mediante a consulta de instituições, médicos, psicólogos, pesquisadores, cientistas, comunidades terapêuticas, entidades de todas as crenças, etc. Para o Ministro, "estamos lidando com um problema para o qual não há solução juridicamente simples, nem moralmente barata" (BRASIL, 2015).

Em suma, os votos até o momento proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal evidenciam que a atual política de criminalização do usuário de drogas está em desacordo com os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito e, mais do que isso, viola diretamente direitos fundamentais da pessoa, de modo que não deve permanecer no ordenamento jurídico pátrio. Em linhas gerais, ainda que haja a descriminalização do porte de *cannabis* para uso pessoal, muitos outros passos deverão ser dados no sentido de estabelecer critérios de diferenciação e de que forma as sanções administrativas, que ora integram a esfera penal, serão efetivamente aplicadas. Sob esse viés, tem-se que o debate sobre o tema apenas foi iniciado, carecendo de aprofundamento e integração pelo Direito, em conjunto com o Poder Legislativo e o Poder Executivo, buscando-se a melhor solução baseada em fatos e razões, e não em óticas moralistas e preconceituosas.

RETOMA-SE A DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA

No entendimento de Carvalho (2013), é necessário que seja realizada hermenêutica constitucional garantista quanto à possibilidade de descriminalizar-se o porte de drogas para uso pessoal, no sentido de flexibilizar a legalidade, ou seja, o agir de acordo com os ditames legais e com o que preceitua a lei, em favor do mais débil, o usuário de drogas, neste caso. Nas palavras do autor:

> [...] em face das conquistas do constitucionalismo no século passado, a partir da ideia de filtragem constitucional, é possível que o julgador deixe de aplicar determinada lei penal em decorrência da contradição com o texto da Constituição. Neste caso, o juiz, utilizando-se das possibilidades de controle difuso, pode operar descriminalizações sob o argumento da não conformação da lei com os valores, princípios e normas constitucionais, desde que observados os procedimentos previstos em lei e na Constituição – *v.g.* os limites estabelecidos pelo art. 97 da Constituição (reserva de plenário). Em ambos os casos, porém, o efeito da decisão judicial é *inter partes*, vinculando somente os envolvidos no caso penal. A diferença da extensão dos efeitos gerados pelos atos de descriminalização legal em comparação aos judiciais é, pois, substancial, visto que alteração na norma legal – ou os efeitos judiciais de declaração da inconstitucionalidade em face de decisão judicial no controle concentrado – se estende a toda comunidade jurídico-política (*erga omnes*) (CARVALHO, 2013, p. 213).

Nesse sentido, interessante colacionar a crítica de Dworkin (1999) em face da aplicação constitucional realizada pela Corte Superior do país, no sentido de que em sendo de sobremodo relevante seu poder de intepretação, haja vista que suas decisões interferem na esfera de outros poderes da República, deve-se buscar regular o exercício desse poder. Tal argumento vem fundamentado pelo fato de que:

> Os tribunais em geral, e a Suprema Corte em última instância, têm o poder de decidir pelo governo como um todo o que a Constituição pretende dizer, e de declarar inválidos os atos de outros órgãos públicos sempre que excederem os poderes que lhes são outorgados pela Constituição, corretamente entendida. [...]. A questão crucial não é saber que poder tem a Corte Suprema, mas como deve ser exercido seu vasto poder. Deveria ela empenhar-se em fazer cumprir toda a Constituição, inclusive as cláusulas que, para serem interpretadas, exigem um julgamento quase que exclusivamente político? (DWORKIN, 1999, p. 427).

Importante esclarecer que com a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, os presos não serão beneficiados com eventual retroatividade da lei, tendo em vista que a maioria dos encarcerados foi condenada pelo delito de tráfico de drogas. Quanto ao usuário que for flagrado portando substâncias que, gize-se, permanecerão sendo ilícitas, terá sua "droga" apreendida e somente será preso se sua conduta extrapolar o limite e configurar desacato ou qualquer outro tipo penal.

Ao longo do estudo, verificou-se que a ineficácia da guerra contra o tráfico prepondera sobre a criminalização do usuário, que logicamente não pode ser punido criminalmente por uma escolha pessoal de risco potencial. Ou seja, o aparato estatal de combate às drogas deve centrar-se na investigação e derrubada de esquemas de narcotráfico que, à luz da atual situação, trazem consigo diversas problemáticas, tais como o contrabando de armas, homicídio em grande escala, lavagem

de dinheiro, etc. O debate referente às drogas não deve ater-se ao consumidor primário como forma de acabar com o tráfico de drogas. Porém, há muito se tem notícia de que o tráfico patrocina interesses políticos e privados, sendo pouco provável, em virtude de sua influência internacional, que seja efetivamente combatido. Justamente em razão disso é que se mostra atual e necessária a modificação no tratamento destinado ao usuário, a fim de manter-se um mínimo de coerência.

Acerca da política de combate às drogas, Poaires (1998, p. 126) leciona que:

> Desta asserção emerge a constatação de que a política de combate à droga, para ser minimamente eficaz, deve assentar sobre um plano factorial e pluridisciplinar, englobando abordagens de índole psicológica, pedagógica, econômica e sócio-cultural, sem esquecer que a droga, sendo um fato cultural, modela a cultura. [...] Por outro lado, há que se racionalizar os sistemas de regulação da oferta e de luta contra o tráfico, que não podem continuar a ser mais onerosos do que os sistemas de educação, de saúde ou de segurança social.

Esse entendimento é corroborado por Rocco, que, em seu estudo sobre a descriminalização das drogas, concluiu que:

> Não há nada indicando que a descriminalização fará crescer o consumo, pois não cria facilidades para a comercialização nem tampouco para o consumo. Porém, será a lei mais eficiente em seu propósito se respeitar o cidadão em sua integridade moral e física, mesmo sendo um usuário ou suposto dependente de drogas ilícitas (ROCCO, 1996 p.71).

Pelo exposto, tem-se que a descriminalização do uso não modificará o comércio de drogas, que não é a pretensão da proposta. O alcance da proposta limita-se ao consumo e seus efeitos na sociedade, uma vez que, mesmo havendo a proibição secular do uso de substâncias ilícitas, jamais se consumiu tantas drogas quanto na atualidade. Dito isso, vê-se que a guerra às drogas não possui data de término e tende a ser em vão pois direciona seu poder de fogo contra a fração menos letal da situação – o usuário. Nesse contexto, há que ser analisado justamente essa ineficiência das sanções legislativas e da falta de aplicação prática que carregam as tentativas de proibição do consumo, a fim de que seja reestruturado o atual paradigma das drogas, possibilitando-se, inclusive, eventual e futura legalização das drogas (ROCCO, 1996). Acerca da legalização das drogas, ainda que a possibilidade seja vislumbrada em horizonte distante no ordenamento jurídico brasileiro, há diversos países em que a prática foi proposta e nos quais os resultados foram surpreendentes. Refere-se a resultados relacionados ao número de usuários, que se manteve ou, até mesmo, estagnou-se; fala-se em arrecadações bilionários para o Fisco; fala-se em garantia de qualidade das substâncias consumidas; fala-se em respeito à individualidade prevista em diversas Constituições; fala-se em tratamento da dependência através de políticas de saúde pública.

Importante trazer ao trabalho a existência de decisões favoráveis quanto ao uso de alguns componentes e derivados da *cannabis* que já estão sendo comercializados/importados no Brasil e que se prestam a salvar vidas, dentre outras propriedades, como é o caso do *canabidiol*, que foi recentemente reclassificado de substância proibida para substância controlada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Contudo, essa alteração não afastou a ilicitude da planta,

mantendo-se a proibição de comercialização de outros canabinoides da maconha, especificamente o THC, nem se autorizou o plantio de *cannabis* para fins científicos (FLACH, 2015).

De modo geral, e nas sábias palavras de Dworkin (1999), o Direito deve seguir a evolução social e não pode conformar-se com situações que não reflitam as necessidades da sociedade, devendo manter uma atitude contestadora. Para o autor:

> O caráter contestador do Direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões provadas, pela retrospectiva da natureza judiciosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter (DWORKIN, 1999, p. 492)

Por todo o exposto, a lição de Beccaria (2012) serve como termo transbordante de verdade no que tange à forma como vê a questão da efetividade das penas e os meios de prevenção aos crimes. Para o autor, os meios que atualmente são empregados para prevenir crimes e punir condutas não atingem o objetivo a que almejam, e isso ocorre em razão de que:

> Não é possível submeter a atividade tumultuosa de uma massa de cidadãos a uma ordem geométrica, que não apresente nem irregularidade nem confusão. Embora as leis da natureza sejam sempre simples e constantes, não impedem que os planetas se desviem às vezes dos movimentos habituais. Como poderiam, pois, as leis humanas, em meio ao choque das paixões e dos sentimentos opostos da dor e do prazer, impedir que não haja alguma perturbação e algum desarranjo na sociedade? É essa, porém, a fantasia dos homens limitados, quanto têm algum poder. [...] Mas, ouso dizer, que está tão estreitamente ligado com a natureza do governo que será apenas um campo estéril e cultivado somente por um pequeno número de sábios, até chegarem os séculos ainda distantes em que as leis não terão outro fim senão a felicidade pública (BECCARIA, 2012, p.119-125).

Assim, ainda que as transformações normativas e jurisprudenciais aqui tratadas sejam passos iniciais em direção a um Direito mais acessível e que atenda aos interesses da sociedade, são indubitavelmente necessárias para chamar atenção quanto ao atraso normativo relacionado à temática das drogas, em parte pelo conservadorismo dos legisladores escolhidos pelo povo também conservador, em parte pela polêmica em torno do assunto. Porém, tabu ou não, os usuários de drogas são indivíduos semelhantes a todos os outros e que, assim como os demais, devem ter suas escolhas pessoais respeitadas e acolhidas pelo ordenamento jurídico pátrio, pois o contrário – e que efetivamente ocorre atualmente - importaria em desrespeitar a evolução da humanidade e institucionalizar a violação dos direitos fundamentais que há relativamente pouco tempo norteiam o Direito, na eterna busca da valorização do homem pelo homem dentro da sociedade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o trabalho foi possível identificar a importância da hermenêutica filosófica para a construção da hermenêutica jurídica pois a primeira busca compreender o significado das coisas e das ações humanas, tendo em vista que a organização dos indivíduos em sociedade e a passagem do estado natural para o estado civil substituiu o instinto pela justiça, obrigando o homem social a consultar a razão antes de agir por impulsos e a moldar-se de acordo com a moralidade. Nesse contexto, vê-se que a filosofia é intrínseca à evolução humana e atributo indispensável para a interpretação jurídica.

A Hermenêutica Jurídica é mais do que interpretar as normas e compreender seus métodos. É a partir dela que entendemos as verdadeiras motivações dos legisladores e jurisconsultos; é a expressão da norma em sua forma mais significativa. Caracteriza-se pela interpretação das leis, basicamente, uma vez que todo postulado jurídico deve ser interpretado para ser aplicado. A Hermenêutica portanto, funciona como uma aproximadora de sentidos entre as leis e os casos concretos, produzindo a norma positivada. Essa norma por sua vez, é construída pelas leis e pela jurisprudência.

No Estado Democrático de Direito a Hermenêutica mais relevante é a interpretação da Constituição Federal, a qual busca abstrair o sentido das demais normas presentes no ordenamento jurídico, tendo em vista que estas normas, ao serem criadas, já carregam em seu âmago a característica de integrarem um sistema jurídico baseado em uma Constituição rígida e democrática. Nesse contexto, viu-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado de Direito brasileiro. Refere-se assim, como a união das melhores qualidades e benefícios humanos, inclusive na condição de regra de conduta, sempre na busca pela sensação de bem-estar geral, no sentido de garantia de direito e efetividade do Estado. Na jurisprudência pátria, o princípio apresenta aplicação diversificada e interpretação extensiva, relacionando-se com todos os direitos previstos tanto na Constituição Federal, quanto na legislação infraconstitucional.

No que concerne ao princípio da intimidade e vida privada, compreendeu-se que há divergência doutrinária quanto à sua definição, carecendo de interpretação subjetiva do intérprete constitucional, porém, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual o princípio está disposto no artigo 5º, inciso X, possibilitou-se sua maior difusão e aplicação.

Como cerne do trabalho verificou-se a Hermenêutica na jurisprudência, especificamente quanto à criminalização do uso de drogas através de retrospectiva histórica a nível internacional e brasileira, analisando-se as leis nacionais que regulam a matéria - Lei nº 6.368/76 e Lei nº 11.343/06. Ressalta-se que o objeto de estudo principal é a descriminalização do porte de *cannabis* para uso pessoal. Sobre o tema abordou-se o Recurso Extraordinário nº 635.659 que tramita no Supremo Tribunal Federal por meio do qual se pretende obter a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06, que criminaliza o usuário de drogas, que tem como principal argumento a violação dos direitos fundamentais encartados na Constituição Federal, mormente os princípios da dignidade da pessoa humana e intimidade e vida privada.

Muitas são as indagações a respeito da demora na descriminalização do uso de drogas no Brasil. A resistência por parte do Estado permanece causando prejuízos maiores aos usuários e enriquecendo traficantes, do que, de fato, coibindo o uso e a venda das substâncias ilícitas. Inclusive, percebe-se que a perseguição aos crimes colacionados na Lei de Drogas demonstra efetividade por parte da polícia, tendo em vista que é ali, nas comunidades pobres e pontos de venda notórios nas quais concentram as investigações, em que a ofensiva policial obtém altos índices de prisões - o que conforta a sociedade mas traz incontáveis consequências e desdobramentos inegavelmente maléficos ao sistema penal brasileiro.

Conclui-se, assim, que no campo das drogas as consequências geradas pela desigualdade de julgamento são percebidas em várias esferas: econômica, educacional, médica, jurídica e, sobretudo, individual. Ao reprimir o consumo, estigmatizou-se o usuário; no intuito de combater o tráfico ilícito, a Lei voltou seu poder letal contra seguimentos sociais e indivíduos vulneráveis, pois trata o usuário como criminoso, sendo ele, em verdade, se considerada situação de saúde pública, um enfermo.

Superar temores irracionais e respeitar a autonomia da vontade permite que os indivíduos escolham suas condutas, mesmo que implique em inadequação social, desde que não haja lesão na esfera jurídica de terceiros. Nesse contexto, os ilícitos criminais que não apresentam vítimas, tais como porte de drogas para uso pessoal, cuja conduta, no máximo, pode ser caracterizada como autolesiva, demanda despenalização.

Tem-se, com isso, que a manutenção da criminalização do porte de drogas para uso pessoal é inadequada e insubsistente, não apenas pela insuficiência normativa que a Lei de Drogas acabou por comprovar, como também pela cristalina violação aos princípios constitucionais da intimidade e vida privada, que, segundo estudo desenvolvido, são as bases do Estado Democrático de Direito e encontram valorização expressa no texto constitucional.

Em suma: por ausência de lesividade a bem jurídico alheio, por inadequação, discutível necessidade e, sobretudo, pelo custo imenso em troca de benefícios irrelevantes, a criminalização não é a forma mais razoável e proporcional de se lidar com o problema das drogas.

Ainda que não paire definição acerca do tema, por ora é imprescindível que se estabeleça um critério objetivo para distinguir consumo de tráfico. A matéria é tratada, atualmente, no § 2º do art. 28 da Lei 11.348/2006, o qual consigna superficialmente que as quantidades aceitáveis serão definidas pelos setores competentes. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes.

Diante do exposto, para solução de problemas complexos e polêmicos, tal como a descriminalização do porte para uso pessoal de drogas, precisa-se buscar na hermenêutica o sentido correto da norma; precisa-se coragem para desvelar tabus sociais; e, mais que tudo, precisa-se de competência para legislar de acordo com o que preceitua a Constituição Federal e a fim de atender realmente aos interesses da sociedade, não apenas de uma parcela desta.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2 ed. São Paulo: CL Edijur. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659.** Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em 18 nov. 2016.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOTTI, René Ariel. A liberdade e o direito à intimidade. Apud STOCO, Rui. Responsabilidade civil decorrente da violação da intimidade e da vida privada. **Revista dos Tribunais**. v. 954. p. 85-116. abr. 2015. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015863ee795728ef8afd&docguid=I33081c90c94a11e4be1e010000000000&hitguid=I33081c90c94a11e4be1e010000000000&spos=1&epos=1&td=1693&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em 14 nov. 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FLACH, Luiz Mathias. Maconha e Ciência. **Zero Hora**, Porto Alegre, ano 15, nov. 2015. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/opiniao/noticia/2015/11/luiz-matias-flach-maconha-e-ciencia-4913421.html>. Acesso em 17 nov. 2016.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão: comentários à Lei nº 6.368, de 21-10-1976, acompanhados da legislação vigente e de referência e ementário jurisprudencial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GREGORIM, Clóvis Osvaldo. Série Michaelis. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2016. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=teleologia>. Acesso em 29 de nov. 2015.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. Direito Penal, Constituição e Hermenêutica: pela superação do positivismo jurídico e a possibilidade do acontecer do direito num ambiente de neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 91, p. 21-57, jul/ago, 2011. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015845355cf0726ca9d7&docguid=Iedb5d240418511e5b17b010000000000&hitguid=Iedb5d240418511e5b17b010000000000&spos=1&epos=1&td=124&context=544&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 08 nov. 2016.

MACIEL, Silvio Luiz. Controle de constitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, v. 53, p. 55-96, out/dez, 2005. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000155764555cd8b8b74cb&docguid=I654bbd40463d11e5be9f010000000000&hitguid=I654bbd40463d11e5be9f010000000000&spos=2&epos=2&td=4000&context=12&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 22 jun. 2016.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo, v. 63. p. 64-80, abr./jun. 2008. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad600790000155764555cd8b8b74cb&docguid=If5c67cf0418511e5b17b010000000000&hitguid=If5c67cf0418511e5b17b010000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=12&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 22 jun.2016.

POIARES, Carlos Alberto. **Análise psicocriminal das drogas: o discurso do legislador**. Porto: Almeida e Leitão Ltda, 1998.

ROCCO, Rogério. **O que é legalização das drogas.** São Paulo: Brasiliense, 1996.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social.** Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2012.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodología Jurídica.** Tradução de J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1994.

SILVA, Milton Severiano da. **Se liga!: o livro das drogas**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil decorrente da violação da intimidade e da vida privada. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 954. p. 85-116. abr. 2015. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000015863ee795728ef8afd&docguid=I33081c90c94a11e4be1e010000000000&hitguid=I33081c90c94a11e4be1e010000000000&spos=1&epos=1&td=1693&context=19&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em 14 nov. 2016.

ZANINI, Rita Dostal. **Hermenêutica Filosófica e Hermenêutica Jurídica: uma aproximação a partir dos conceitos de Hans-Georg Gadamer**. 2006. Dissertação. f.161 .(Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS, Porto Alegre, RS, 2006. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4300>. Acesso em: 14 nov. 2016.

AS REPERCUSSÕES DA LEI Nº 12.654/2012 DIANTE DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

Luiz Fernando Meine Júnior[1]
Daniel Kessler de Oliveira[2]

INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a abordar as inovações inseridas na legislação pátria através da Lei nº 12.654/2012 que, alterando a Lei de Execução penal e a Lei de Identificação Criminal, passou a permitir a intervenção corporal em determinados indivíduos, a fim de coletar o seu perfil genético, tanto para realizar a identificação criminal genética considerada essencial às investigações policiais, quanto para alimentar um banco de dados com o perfil genético de condenados por crimes violentos ou hediondos, os quais também serão devidamente identificados.

A relevância em seu estudo decorre das controvérsias geradas pelo texto da Lei nº 12.654/2012, que diante de seus inovadores métodos científicos, promete celeridade à persecução penal e vem sendo amplamente debatida no meio jurídico. Discussões sobre a constitucionalidade desta lei, a proporcionalidade de suas medidas constritivas e, ainda, a insuficiência de determinados dispositivos, vêm sendo promovidas pela doutrina desde a sua promulgação.

Para realizar tal estudo, se partirá de uma análise sobre as garantias processuais penais relevantes diante do tema, bem como de uma noção ampla sobre os institutos das intervenções corporais e da identificação criminal, com ênfase à Lei nº 12.654/2012. Por fim, serão ponderadas as principais vantagens e controvérsias trabalhadas pela doutrina e jurisprudência, com ênfase sobre a possível insuficiência e inconstitucionalidade de determinadas dispositivos.

A fim de executar a pesquisa, aplicou-se o método dedutivo, bem com o nível de pesquisa exploratório. Em relação às técnicas de pesquisa, recorreu-se à pesquisa bibliográfica, através livros, artigos e revistas científicas, mas também à pesquisa documental, com o uso de relatórios, e, por fim, valeu-se da pesquisa jurisprudencial.

AS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

Inicialmente, é fundamental traçar um panorama sobre as garantias processuais penais, a fim de que se forme uma compreensão sobre os direitos fundamentais envolvidos na temática proposta, partindo, para tanto, de noções conceituais e históricas das garantias processuais penais.

[1] Bacharel em Direito pela Universidade Feevale. E-mail: luizfmeine@gmail.com.
[2] Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Docente do Curso de Direito da Universidade Feevale. E-mail: danieldeoliveira@feevale.br.

PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O processo é o cenário alicerçado em uma organização equilibrada e cooperadora, onde se desenvolvem as atividades das partes e de jurisdição por parte do Estado, sem a sobreposição de uma sobre a outra. Isto porque, na medida em que prevalece a jurisdição sobre as partes, se evidencia um desmedido intervencionismo do Estado, enquanto, por outro lado, enaltecer a ação é exaltar o autor em detrimento do Estado e da defesa, bem como prestigiar a defesa também é ressaltar a sua atuação em prejuízo da outra parte (FERNANDES, 2002, p. 31).

Sendo o processo penal conduzido por diversos princípios e regras que surgem como premissas fundamentais da política processual penal do Estado, vislumbra-se que o processo penal irá exprimir o momento político local. Tal processo penal irá se expor como instrumento a serviço da liberdade individual quando se fizer presente um regime democrático, o qual verá esta liberdade como um valor absoluto. Porém, isto não ocorrerá em um Estado totalitário, onde sempre irão preponderar as proposições deste Estado. Assim, considerando que os regimes políticos se alteram, várias alterações já ocorreram no processo penal brasileiro (TOURINHO FILHO, 2013, p. 58).

Tratando da legislação vigente, o Código de Processo Penal de 1941, cabe apontar que o mesmo foi explicitamente inspirado na legislação penal italiana, construída em pleno regime fascista, mais precisamente na década de 1930, o que, por motivos óbvios, justifica a sua essência originalmente autoritária (OLIVEIRA, 2014, p. 5).

Tal diploma, de concepção notavelmente autoritária, se destacou por um evidente zelo em relação à segurança pública. Porém, a Constituição Federal de 1988 acabou por trazer novas perspectivas em sentidos significativamente distintos. Isto porque, ao passo em que o Código de Processo Penal orientava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, a Carta Magna de 1988 formulou um sistema de expressivas garantias individuais, incluindo, por exemplo, o princípio da presunção de inocência, disposto em seu artigo 5°, inciso LVII[3] (OLIVEIRA, 2014, p. 8).

A Constituição Federal de 1988, tão impactante como as antecessoras, possui diversas disposições concernentes ao processo penal, as quais indicam diretrizes para as normas específicas da legislação processual. Conectadas, as diretrizes implícitas, autorizadas pelo texto do artigo 5°, §2° da Constituição Federal[4], e as explícitas, contidas na Carta Magna, formam o sistema que estrutura o ordenamento jurídico pátrio, de forma que, integrando os variados institutos jurídicos que o formam, também compõem a regulação do processo penal (TUCCI, 2004, p. 51-52).

Consequentemente, não há mais como considerar o processo como um mero mecanismo submetido ao poder punitivo, principalmente quando o mesmo passa a exercer função de limitador do poder estatal e protetor das garantias individuais. Assim, surge não como um mecanismo em busca de impunidade, mas sim como um meio necessário para que se defina a pena, em sendo caso

[3] "Art. 5°, Constituição Federal: [...]
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"

[4] "Art. 5°, Constituição Federal: [...]
§ 2° Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

de condenação, desde que, no decorrer de seu procedimento, efetivamente sejam respeitadas as regras e garantias individuais asseguradas pela Constituição (LOPES JR., 2014, p. 44).

Tendo em vista que no direito constitucional brasileiro prepondera o objetivo de fazer com que as premissas do Estado democrático de Direito sejam cumpridas, é fundamental identificar as características dos direitos e garantias humanas fundamentais, de forma que seja possível aplicar cada uma destas características ao direito processual penal, eis que este deve estar adaptado à Constituição Federal de 1988 (NUCCI, 2014, p. 28-29).

PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

Os princípios que orientam o direito processual penal estabelecem as diretrizes básicas para a estruturação da sua dogmática, o que não significa qualquer menosprezo aos princípios gerais do direito. É plenamente possível no processo criminal que, diante de determinados impasses, os princípios que o orientam tragam soluções, resolvendo o problema tratado (RANGEL, 2015, p. 3-4).

Os princípios possuem uma acepção específica que possibilita, diante de suas múltiplas funções e por vezes em razão de sua natureza constitucional, que a Constituição não esteja limitada à letra da norma positivada, a qual geralmente não possui a capacidade de atingir as infindáveis possibilidades de incidentes que podem vir a ocorrer, o que é intrínseco ao movimento da sociedade e do Estado (PRADO, 2005).

Assim, com a aplicação dos princípios e a sua multifuncionalidade, a Constituição expande o seu alcance para inúmeros acontecimentos que estejam por vir, sejam previsíveis ou não. Não é possível que uma Constituição tenha fundamento apenas em regras, sendo necessária uma harmonização entre regras e princípios, estes últimos particularizados pela sua característica abstração, necessidade da realização de mediação por um magistrado ou legislador e, ainda, pela sua fundamentalidade no sistema, todos estes fatores interligados (PRADO, 2005).

A própria Constituição Federal de 1988 relacionou diversos princípios processuais penais, da mesma forma que Tratados Internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil também incorporaram variadas garantias ao direito processual penal brasileiro. Neste sentido, é possível mencionar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que prevê vários direitos relativos à proteção da liberdade pessoal e garantias judiciais, respectivamente em seus artigos 7º e 8º (LIMA, 2014, p. 48).

É fundamental que o processo penal passe por uma constitucionalização, de forma que, através de um processo democrático, seja assegurado todo o sistema de garantias mínimas às partes, efetivando sua instrumentalidade constitucional. As garantias processuais constitucionais surgem justamente a fim de limitar os excessos praticados pelo poder estatal, sendo que diversos princípios fundam esta instrumentalidade constitucional, sendo necessário, portanto, compreender os institutos do processo penal de acordo com tais princípios (LOPES JR., 2014, p. 153-154).

Devido processo legal

Embora o devido processo legal normalmente seja vinculado apenas à sua face processual, atualmente lhe é conferida uma maior amplitude, podendo o *due process of law* ser fracionado em *procedural due process* e *substantive due process*. O *procedural due process* possui uma perspectiva ligada à ideia do aspecto processual, sintetizando e englobando todos os princípios e garantias processuais constitucionalmente assegurados à parte. Por outro lado, o *substantive due process*, ou devido processo legal substantivo, se propõe a garantir que as normas aplicadas sejam razoáveis para as partes (BADARÓ, 2015, p. 78).

É possível exprimir de sua fórmula a ideia de um complexo de garantias constitucionais que pretende garantir às partes a possibilidade de se utilizar de suas faculdades e direitos processuais, bem como assegurar uma adequada prestação jurisdicional. Tais garantias atuam de forma muito mais ampla do que um simples abrigo aos direitos das partes, pois se prestam, acima de tudo, a preservar o próprio processo, sendo visto como um fator que legitima o exercício da jurisdição (CINTRA, 2012, p. 91).

Através do devido processo legal também se reivindica a isonomia endoprocessual, com a ideia de que processo justo é aquele dotado de equilíbrio. Não apenas ao legislador, mas também ao magistrado está imposto o dever de garantir um tratamento igualitário entre as partes, de forma que, se por conta da legislação em vigência, existirem maiores ferramentas e mecanismos processuais à disposição de apenas uma das partes, constata-se o desequilíbrio processual e, consequentemente, a injustiça, que tende a favorecer uma das partes (MIRANDA, 2014, p. 23).

Presunção de inocência

A noção tradicional acerca da presunção de inocência é a de que enquanto não for condenado de forma definitiva, a inocência do réu é presumida. Uma das consequências deste princípio é de que a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória só pode ser determinada a título de cautela, devendo ser admitida apenas em caso de real necessidade, pois, caso contrário, o réu estaria sendo punido antecipadamente, o que feriria a presunção de inocência e tornaria a medida cautelar inconstitucional (TOURINHO FILHO, 2013, p. 92).

Compreende-se, pacificamente, que o princípio da presunção de inocência gera o dever de observância a duas regras específicas. A primeira delas é a de tratamento, através da qual o réu não pode sofrer restrições pessoais durante o andamento processo baseadas unicamente na possibilidade de uma futura condenação. Além disto, há a regra de fundo probatório, a qual impõe que deve ser atribuído à acusação todo e qualquer ônus da prova que disser respeito à existência do fato delituoso e da autoria. Sob responsabilidade da defesa, estaria apenas a incumbência de fundamentar a alegação de ocorrência de eventual fato caracterizador de excludente de culpabilidade e ilicitude (OLIVEIRA, 2014, p. 48).

A presunção de inocência é uma garantia fundamental do devido processo legal e resguarda valores constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a verdade e a segurança. Constitucionalmente tutelada, é de interesse comum, sendo o seu cumprimento imposto a toda

coletividade. Nesta sentido, fundamental ter em vista que, sendo uma garantia política, a presunção de inocência também é assegurada a todo e qualquer indivíduo, indistintamente, independente de ele ser ou não acusado ou investigado pela prática de um delito (ARANTES FILHO, 2010, p. 26-27).

Contraditório e ampla defesa

O contraditório e a ampla defesa integram-se como se fossem uma única garantia processual, sendo interdependentes, de forma que não é possível a existência de um sem o outro. Em que pese tais dispositivos não sejam novidade no ordenamento jurídico pátrio, cabe apontar que, diferente das disposições anteriores, a Constituição Federal de 1988 previu o contraditório e ampla defesa não apenas na instrução criminal, como até então ocorria, mas também passou a garanti-los nos procedimentos administrativos (ARANTES FILHO, 2010, p. 26-27).

Através do contraditório emerge a compreensão de que, havendo direito de ação para o autor, é imprescindível a existência do direito de defesa para o réu, com a garantia de que lhe será oportunizado manifestar-se para se desembaraçar de tal ação. Isto decorre da noção de que, em sendo o processo um instrumento de garantia constitucional, a garantia de defesa implica em garantia à regularidade processual, incluindo nisto todos os seus atos e prazos (CARVALHO, 2014, p. 176).

Inicialmente, se entendia que existia a necessidade de informação e a possibilidade de reação. Contudo, com a mudança na compreensão do princípio da isonomia, sem mais a mera igualdade formal e sim com a pretensão de se obter uma igualdade substancial, passou a se buscar a igualdade entre os desiguais, o que se refletiu na garantia do contraditório, estando o magistrado com tal incumbência (BADARÓ, 2015, p. 50).

Embora o direito de defesa seja profundamente vinculado ao contraditório, havendo influência recíproca entre eles, é importante ressaltar que não se tratam de um único instituto. Isto se constata no momento em que se percebe possível a violação do contraditório sem ofender a ampla defesa, principalmente porque o contraditório não se limita à defesa e aos direitos do réu, haja vista que é aplicado tanto ao réu quanto ao acusador, devendo ser observado pelo juiz (BADARÓ, 2015, p. 53).

A garantia da ampla defesa impõe ao Estado a tarefa de alcançar ao acusado a defesa mais completa possível, seja tal defesa pessoal, que é a autodefesa, ou técnica, que é a realizada pelo defensor devidamente constituído. Além disto, o princípio mantém o dever do Estado de fornecer aos mais necessitados assistência jurídica integral e gratuita, conforme disposto no artigo 5°, inciso LXXIV, da Constituição Federal[5].

Especificamente sobre garantia de autodefesa, que é a defesa exercida pelo próprio acusado em determinados momentos do processo, cabe ressaltar que não se confunde com a defesa técnica realizada pelo defensor em seu benefício. Tal direito é renunciável, de forma que o acusado não pode

[5] "Art. 5°, Constituição Federal: [...]
LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;"

ser forçado a exercê-lo, por exemplo, concordando a contribuir em interrogatórios e demais atos processuais (FERNANDES, 2002, p. 279-280).

Direito à não autoincriminação

O princípio da não autoincriminação, *nemo tenetur se detegere,* garante ao acusado a vedação à qualquer possibilidade de ser forçado, de forma física ou moral, a produzir provas contra si mesmo e contra a sua livre vontade. Tal garantia possui matiz constitucional, pois em que pese a expressão "direito à não incriminação" não conste no texto da Carta Magna, seus aspectos e desdobramentos estão claramente presentes, quais sejam, o direito ao devido processo legal, direito à ampla defesa, vedação das provas ilícitas, presunção de inocência e direito ao silêncio (MIRANDA, 2014, p. 162).

Cabe ressaltar que o direito ao silêncio, um dos principais direitos derivados da vedação à autoincriminação, assegurado no texto constitucional através da disposição do artigo 5°, inciso LXIII, da Constituição Federal[6], não se limitou ao preso, apesar do texto legal, tendo a doutrina estendido tal direito a todo e qualquer indiciado ou acusado (FERNANDES, 2002, p. 279). O direito à não autoincriminação, de forma ampla, passou a constar de forma expressa, pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio, através da Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporada pelo Decreto n. 678 de 1992, por meio de seu artigo 8°, n. 2, alínea "g"[7] (FERNANDES, 2002, p. 278-279).

Tal direito vem sendo visto como um direito fundamental, assegurando uma dimensão de liberdade que pode ser oposta ao Estado, não se limitando ao direito ao silêncio, embora o absorva. Tal garantia pretende, portanto, resguardar o indivíduo, bem como a dignidade humana, no curso da persecução penal, impedindo que o Estado venha a agir de forma arbitrária, coagindo o suspeito a contribuir com a investigação e apuração dos fatos delituosos ou até mesmo a aplicação de técnicas ilegais de interrogatório, bem como incitações e dissimulações (QUEIJO, 2012, p. 77).

AS INTERVENÇÕES CORPORAIS E A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NO DIREITO BRASILEIRO

No presente título serão estudadas as intervenções corporais no processo penal, em especial as existentes no ordenamento jurídico pátrio e sua colisão com os direitos fundamentais. Após, passa-se ao estudo da identificação criminal, a fim de conceber seu cenário no atual ordenamento jurídico brasileiro.

---

[6] "Art. 5°, Constituição Federal: [...]
LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;"

[7] "Art. 8. Garantias judiciais. [...]
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]
g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;"

Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano (1990, p. 290), em uma análise aprofundada, aponta que intervenções corporais são as medidas investigatórias promovidas sobre o corpo humano, independentemente do consentimento da pessoa e, se necessário, através de coação física, com o propósito de averiguar circunstâncias fáticas relevantes para o processo, que estejam relacionadas às condições físicas ou psíquicas do indivíduo, ou ainda com o fim de encontrar objetos que estejam escondidos com ele.

Por portarem um propósito primordialmente investigatório, excluem-se do conceito de intervenções corporais todas aquelas violações corporais que são promovidas com qualquer objetivo distinto. Como exemplo de interferências que não se enquadram no conceito de intervenções corporais, é possível mencionar as hipóteses de administração forçada de alimentos diante de greves de fome no sistema penitenciário e também a realização de transfusão de sangue em testemunhas de Jeová (CARVALHO, 2014, p. 60-61).

Por se tratar de uma medida projetada no acusado, com efeitos que atingem a sua inviolabilidade pessoal, é imprescindível que exista um determinado rigor quanto à aplicação das intervenções corporais a fim de que sejam consideradas legítimas. Além de expressamente previstas na legislação, tais ingerências precisam ser efetivamente necessárias para o caso específico, bem como é fundamental que a diligência ocorra com o controle judicial, com decisão judicial fundamentada, salvo nos casos de extrema urgência, hipótese em que tal controle deverá ser diferido (OLIVEIRA, 2014, p. 390).

Além do exame grafotécnico e do teste de alcoolemia, Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 510) registra que, dentro das poucas previsões expressas de intervenção corporal no ordenamento brasileiro, há ainda o reconhecimento de pessoa, disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal[8], e as identificações datiloscópica, fotográfica e genética.

A recentemente promulgada Lei nº 12.654, de 28/05/2012, modificou as Leis 12.037, de 01/10/2009, e 7.210, de 11/07/1984, provocando alterações substanciais no âmbito da identificação criminal no Brasil, incorporando mecanismos científicos na esfera probatória com base na prova genética colhida através da extração de DNA. Tal legislação entrou em vigor no dia 28/11/2012 e foi regulamentada pelo Decreto nº 7.950, de 12/03/2013. Porém, diante de sua previsão de extração compulsória de DNA e do posicionamento dos tribunais superiores, surgiu na doutrina uma grande preocupação em relação às intervenções corporais realizadas pelo Estado no

[8] Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:
I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;
IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.
Parágrafo único. O disposto no no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

particular, à produção de provas invasivas e ao princípio do *nemo tenetur se detegere* (NICOLITT, 2015, p. 187-188).

Tal legislação, diante da relevância da análise do material biológico nuclear do ser humano para finalidades forenses, estabeleceu a possibilidade de identificação criminal através de tais materiais biológicos, caso indispensável para a investigação policial. Ainda, alterando a Lei de Execução Penal, passou a prever, como efeito da condenação penal por crimes hediondos ou praticados, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, a extração compulsória de material biológico a fim de alimentar um banco de dados genéticos (NICOLITT, 2015, p. 188).

Caso o indivíduo consinta com a intervenção corporal, nada impede que esta seja realizada, haja vista que o conteúdo da autodefesa é disponível e, portanto, renunciável. Contudo, a adversidade surge no momento em que o material biológico precisa ser obtido junto ao organismo do imputado e este não consente com a intervenção corporal. No processo penal, tal hipótese esbarra no direito de não produzir prova contra si mesmo, derivado da presunção de inocência e da noção do direito de autodefesa negativa (LOPES JR., 2014, p. 642).

Assim, na hipótese de a intervenção corporal esbarrar na recusa do indivíduo, optou-se, como solução, por realizar a coleta através da intervenção corporal coativa, adotada de forma majoritária pelos doutrinadores estrangeiros e pela maioria dos países que se utilizam da identificação e investigação criminal genética. Ocorre que, como a intervenção corporal coativa ocasiona a limitação de vários direitos de defesa em favor de uma persecução criminal eficaz, se estabelece o conhecido embate entre o eficientismo e o garantismo (SAUTHIER, 2015, p. 155).

Embora os direitos fundamentais tenham uma relevância ímpar nas ordens jurídicas democráticas, estes não são considerados absolutos. A imposição de proteger outros diversos bens jurídicos, igualmente revestidos de envergadura constitucional, pode legitimar a ocorrência de limitações à aplicação dos direitos fundamentais (SARMENTO; GALDINO, 2006, p. 293).

Na hipótese de colisão entre princípios, diferente do que ocorre com as regras, não deve ocorrer a completa inutilização de um dos princípios em colisão, mas sim juízos de prevalência diante de uma situação concreta. Desta forma, quando colidem, o julgador deverá considerar a força relativa de cada um dos princípios para resolver a situação, sempre observando o seu núcleo essencial, tendo em vista que é necessário harmonizá-los e evitar que um deles seja aniquilado. Portanto, cabe ao julgador, diante dos conflitos entre os direitos fundamentais, utilizar-se do princípio da proporcionalidade a fim de ponderá-los, conferindo preponderância a um deles (CARVALHO, 2014, p. 120-121).

Quanto ao princípio da proporcionalidade, este é empregado tanto para o exercício da atividade legislativa quanto para a atividade judicial, a fim de que se avalie a constitucionalidade de alguma lei limitadora de direitos fundamentais e a sua aplicação em determinados casos. Este princípio possui três postulados, delineados pela Corte Constitucional alemã, que são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, devendo ser obrigatoriamente observados pelo intérprete e de forma sucessiva (MIRANDA, 2014, p. 166).

A análise da adequação é o primeiro estágio e nele deve ser avaliado se a restrição ao direito fundamental é idônea para se atingir o resultado pretendido. Após, analisa-se a necessidade, momento em que será ponderado se, no caso concreto, a restrição ao direito fundamental é

realmente inevitável e a forma menos danosa ao direito fundamental. Por fim, verifica-se a proporcionalidade em sentido estrito, também chamada de ponderação de valores, que é o momento em que se deve ponderar se o resultado que se pretende é um valor preponderante ao que será restringido, justificando tal medida (MIRANDA, 2014, p. 166).

A IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL NO DIREITO BRASILEIRO

Sendo notória a essencialidade da identificação para a coordenação das relações sociais, desponta a identificação criminal como um mecanismo que se presta a garantir que o conhecimento e confirmação dos indivíduos envolvidos na prática de delitos sejam realizadas com prudência, inclusive para evitar que sanções penais sejam aplicadas a inocentes e fortalecer o princípio da individualização da pena (NICOLITT, 2015, p. 178-179).

Para que a aplicação de uma pena seja possível, é fundamental que se conheça a identidade do autor do delito de forma correta e segura, haja vista que nenhuma pena pode ultrapassar a esfera deste indivíduo. Em certas situações é possível que inexista qualquer dúvida sobre a autoria de um delito, contudo, é perfeitamente possível que pairem dúvidas sobre a sua real identidade, haja vista que é comum o autor do crime não cooperar com a sua identificação, omitindo ou forjando dados pessoais, fornecendo informações inexatas ou ainda utilizando documentação falsa. Neste contexto, a identificação criminal evidencia a sua relevância (LIMA, 2014, p.133).

Atualmente, na Lei nº 12.037/2009 consta a previsão legal[9] para a identificação criminal, que será realizada através da identificação datiloscópica, fotográfica e através do perfil genético do indivíduo (BADARÓ, 2015, p. 130).

Tal diploma, em seu artigo 1º, dispõe que "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta Lei". Tais exceções encontram-se previstas no artigo 3º da Lei nº 12.037/2009[10] e autorizam a identificação criminal do indivíduo, independentemente da realização da identificação civil do indiciado ou investigado, partindo de duas premissas, quais sejam, a necessidade da investigação e a imprecisão em relação à identidade civil (BADARÓ, 2015, p. 131).

---

[9] "Art. 5º A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação.
Parágrafo único. Na hipótese do inciso IV do art. 3o, a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético."

[10] "Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:
I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;
V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.
Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado."

Por fim, a última inovação legislativa ocorreu através da alteração Lei nº 12.037/2009, pela Lei nº 12.654/2012, que delineou a possibilidade de que a identificação criminal, quando essencial para às investigações criminais, venha a ocorrer através da coleta de material biológico destinado a obter o perfil genético do indivíduo. Para que tal medida seja legítima, esta dependerá sempre de uma decisão judicial fundamentada e prévia, a qual deverá observar a proporcionalidade no caso concreto, através da ponderação das premissas da adequação, necessidade e proporcionalidade, haja vista que tal medida provoca inegáveis restrições ao direito à intimidade (BADARÓ, 2015, p. 132).

A LEI Nº 12.654/2012 E AS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

A Lei nº 12.654/2012 foi recebida com bons olhos por muitos, pois, em tese, a identificação do autor de eventual delito será viabilizada com maior exatidão e segurança. Contudo, também não faltaram desconfortos na doutrina, haja vista que toda intervenção corporal implica em considerável restrição de direitos. Diante disto, serão analisadas as principais vantagens e inconvenientes gerados pela nova legislação, bem como a recepção de seus dispositivos pelo Poder Judiciário.

VANTAGENS GERADAS PELOS MECANISMOS DA LEI Nº 12.654/2012

O exame de DNA é baseado em uma análise comparativa, de forma que é necessária uma amostra questionada, derivada de um vestígio, e uma amostra de referência, previamente identificada e originada de um suspeito. O grande problema é que, em mais de 70% das cenas de crime onde a perícia procura por materiais biológicos no país, não é realizado o exame de DNA pelo fato de que não são identificados e encontrados suspeitos para confrontamento de DNA. Tal dado é proporcional ao arquivamento de inquéritos de homicídios por falta de elementos suficientes de autoria (JAQUES, 2016, p. 25-26).

Tal situação pode ser revertida com a utilização do banco de perfis genéticos, eis que agora existem mecanismos prevendo a coleta de material biológico. Antes, o trabalho pericial ficava restrito aos casos em que o criminoso contribuía cedendo, voluntariamente, a sua amostra biológica, o que era uma metodologia visivelmente ineficiente e inepta no combate à criminalidade, pois a persecução penal não poderia depender da boa vontade do criminoso. Tal insuficiência foi então atendida pelas disposições da Lei nº 12.654/2012 (JAQUES, 2016, p. 26).

As grandes qualidades desta forma de identificação consistem no fato de que uma única célula pode reconstruir todo genoma do indivíduo e, assim, podem permitir a descoberta de sua identificação. Ainda, a perenidade das amostras biológicas que fornecem o DNA é uma característica que faz com que tais amostras resistam muito bem ao tempo (SAUTHIER, 2015, p. 56).

Como exemplo de amostras biológicas, podem ser indicadas as manchas de sangue, pele, ossos, saliva, variados tecidos humanos, dentes, cabelo, células vaginais ou anais, sêmen, urina, entre outras, que podem ligar os vestígios do crime a um determinado indivíduo, o autor. Contudo, importante ressalvar que tal confirmação não significa necessariamente que o indivíduo é

exatamente aquele que cometeu o delito, mas ao menos o vincula ao fato, devendo a investigação policial interpretar as circunstâncias e, ao final, indicar a autoria do crime (SAUTHIER, 2015, p. 56).

O DNA pode ser considerado o sistema mais seguro, ou tão seguro quanto o datiloscópico, para possibilitar a identificação criminal, operando de forma quase infalível. A fim de ilustrar o potencial deste método, é válido mencionar que na justificativa do projeto de lei do que hoje é a Lei nº 12.654/2012, foi utilizado como exemplo um caso ocorrido na Florida, em 1986, quando a Corte americana requisitou o exame de DNA de um suspeito de invadir vinte residências e estuprar as pessoas que lá residiam. No caso, foi obtido o sêmen do indivíduo, o que possibilitou a identificação de seu perfil genético e o confronto com o material encontrado nas vítimas, confirmando a identidade do criminoso e causando a sua prisão (TOURINHO FILHO, 2013, p. 312).

Já é possível mensurar a aplicação da Lei nº 12.654/2012 e ter uma razoável noção de seus resultados através dos relatórios semestralmente elaborados pelo Ministério da Justiça e Cidadania, os quais registram e publicam informações tidas como relevantes. Até o momento, o último relatório publicado foi o IV Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, em que constam os principais resultados obtidos desde a entrada em vigor da nova lei até o dia 28 de maio de 2015 (BRASIL, 2016, p. 4).

Através do último relatório, restou divulgado que, até o dia 28 de maio de 2016, a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos auxiliou 206 investigações criminais e confirmou 139 coincidências de DNA. A investigação auxiliada é aquela em que o banco de perfis genéticos contribuiu adicionando valor ao processo investigativo, enquanto as coincidências confirmadas são os casos em que se observou confirmações entre vestígios ou ainda entre o material biológico de um indivíduo identificado criminalmente e um vestígio (BRASIL, 2016, p. 12).

INCONVENIENTES OCASIONADOS ANTE AS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS

Restou acrescida, através da Lei nº 12.654/12, a previsão constante no artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/2009, que passou a permitir a coleta de material biológico quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

Em se tratando de evidente medida cautelar de antecipação probatória, se está diante de clara violação ao sistema acusatório, eis que a identificação criminal pode ser determinada de ofício pelo magistrado, o qual recebe a função de gestor da prova (CARVALHO, 2014, p. 102). Neste mesmo ponto, Aury Lopes Jr (2014, p. 645) refere que "como se não bastasse, poderá o juiz atuar de ofício, rasgando tudo o que se sabe acerca de sistema acusatório e imparcialidade".

No tocante à extração do material biológico, embora inexista qualquer previsão na redação do texto legal para a hipótese de recusa do indivíduo em fornecer este material genético, a sua coleta, nesta circunstância, acabará por ser realizada pela autoridade de forma coercitiva, sendo que a única garantia conferida ao imputado é o emprego de técnica "adequada e indolor", tendo sido fulminado o direito de não produzir provas contra si (LOPES JR., 2014, p. 645-646).

A realização da extração de material biológico de forma compulsória, além de violar o *nemo tenetur se detegere*, também infringe a dignidade humana, especialmente no que tange ao primeiro dos cinco componentes delineados por Adalbert Podlech, relativo à integridade física e espiritual do indivíduo em uma dimensão irrenunciável de sua individualidade, vindo a "coisificar o homem" (NICOLITT; WEHRS, 2015, p. 193).

Já em relação à disposição contida no artigo 9º-A, e seus parágrafos, da Lei nº 7.210/1984, que restou inserida pela Lei nº 12.543/2012, prevê a extração compulsória de material biológico do indivíduo condenado por crimes praticados dolosamente com violência de natureza grave contra pessoa, ou ainda pelos crimes hediondos elencados na Lei 8.072/90, especificamente para fins de identificação criminal e para a alimentação do banco de dados de perfis genéticos.

É elementar a existência de sentença condenatória transitada em julgado, pois, caso contrário, não seria proporcional e compatível com o princípio da presunção de inocência. De qualquer forma, constata-se a existência de discriminação e estigmatização destes condenados, motivada por uma presunção de periculosidade dos autores de certos tipos penais abstratos (LOPES JR, 2014, p. 648).

Ao analisar o propósito desta medida, a inconstitucionalidade salta aos olhos quando se verifica que tal dispositivo prevê a identificação criminal por perfil genético para a elucidação de eventuais crimes futuros, em sentido oposto ao direito penal do fato. Ainda, diante da inexistência de um prazo limite para o armazenamento destes dados, verifica-se uma sujeição indefinida do indivíduo a este efeito da condenação, em uma perpetuidade que fica em descompasso com o artigo 5º, inciso XLVII, alínea "b", da Constituição Federal[11] (IBCCRIM, 2012).

Este dispositivo entra ainda em claro conflito com o princípio da não autoincriminação, sendo tal dispositivo manifestamente inconstitucional, devendo a coleta do material biológico ser admitida apenas quando houver manifesta concordância do indivíduo, sob pena de flagrante inconstitucionalidade (RANGEL, 2015, p. 175).

De forma ampla, cabe apontar que, diante do ordenamento jurídico vigente, principalmente em razão da Convenção Americana, é inadmissível a realização de intervenção corporal coativa a fim de coletar material biológico de réus ou investigados de forma compulsória. Talvez não se deva proibir estas intervenções corporais de forma absoluta, mas é evidente que não é adequado admitir a coleta de perfis genéticos de forma completamente genérica e compulsória, como ocorre na Lei nº 12.654/2012. Neste ponto, poderia ocorrer uma limitação das possibilidades de intervenções corporais em proteção à dignidade humana, permitindo apenas as intervenções vistas como naturais em nosso cotidiano, como, por exemplo, a extração de sangue e o corte dos fios de cabelo (CARVALHO, 2014, p. 103).

Por fim, realizando uma ponderação entre os direitos fundamentais e o interesse público na segurança, é possível analisar a proporcionalidade da Lei nº 12.654/2012. Partindo da adequação, tal requisito não se encontra preenchido, pois o sacrifício das garantias, no caso a integridade física e o direito à não autoincriminação, não possui condições de garantir a segurança pública e, portanto,

[11] "Art. 5º, Constituição Federal: [...]
XLVII - não haverá penas: [...]
b) de caráter perpétuo;"

não é o meio adequado para tanto. Em relação à necessidade, verifica-se que tal critério também não está atendido, pois existiriam outros mecanismos, além das extremamente gravosas intervenções corporais, que poderiam proporcionar os mesmos resultados (NICOLITT; WEHRS, 2015, p. 152).

Analisando o último requisito, relativo à proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus incidente e o benefício almejado, conclui-se que tal critério não é preenchido. Isto se explica pela existência de uma violação à integridade corporal e uma notável fragilização do direito à não autoincriminação, com a assunção do risco de submeter inocentes a um gravoso meio probatório, com o único intuito de condenar determinados indivíduos, o que não representa a conquista da segurança pública (NICOLITT; WEHRS, 2015, p. 152-153).

ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Neste subcapítulo se buscará analisar como os mecanismos instituídos pela novel legislação vêm sendo compreendidos pelo Poder Judiciário, principalmente no tocante à sua constitucionalidade e aplicação. Para tanto, optou-se por realizar uma pesquisa jurisprudencial junto aos sítios eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a qual restou filtrada com a utilização dos termos "12.654", "perfil genético" e "banco de dados genéticos".

Buscando analisar a aplicação da legislação, foi realizada uma pesquisa no âmbito do estado do Rio Grande do Sul, optando-se por centralizar a análise junto ao Tribunal de Justiça desta unidade federativa. Assim, foram encontrados dois julgados, mais precisamente o *habeas corpus* nº 70061747622 (RIO GRANDE DO SUL, 2014) e o *habeas corpus* nº 70066563511 (RIO GRANDE DO SUL, 2015), em que, ponderando a aplicabilidade dos mecanismos da Lei nº 12.654/2012 e as características do caso concreto, restou decidido se a coleta de material biológico deveria ser autorizada ou não.

Verificou-se que ainda são poucos os casos em que se as discussões sobre a aplicação da Lei nº 12.654/2012 se aprofundam. Ainda, constatou-se que, nos casos encontrados, os mecanismos da nova legislação vêm sendo objeto do exame de proporcionalidade, a fim de verificar se as as medidas realmente podem ser aplicadas em cada caso concreto.

Já em análise realizada junto ao Superior Tribunal de Justiça, foram obtidos três resultados. Em todos os três casos, quais sejam, o recurso especial nº 1.549.804 de Minas Gerais, o recurso especial nº 1.561.468 de Minas Gerais e o *habeas corpus* nº 356.497 de Minas Gerais, a controvérsia debatida era relativa à possibilidade de extrair compulsoriamente o material genético de apenados condenados por crimes violentos ou hediondos, sendo trazidos à tona variados princípios constitucionais que estariam em ameaça.

A pesquisa jurisprudencial realizada junto ao Superior Tribunal de Justiça evidenciou que até o momento foram poucos os casos recebidos e apreciados por este tribunal. Ainda, em todos os casos surgiram prejudiciais à análise do recurso, por conta de discussões acerca da constitucionalidade da Lei nº 12.654/2012, o que tornou necessário o sobrestamento do recurso e a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal.

Por fim, em consulta ao Supremo Tribunal Federal, a única resposta obtida foi o recurso extraordinário 973.837 de Minas Gerais. A grande controvérsia debatida neste caso é a constitucionalidade da previsão legal inserida pela Lei nº 12.654/2012, que prevê extração compulsória de material biológico de indivíduos condenados por crimes violentos ou hediondos.

Tal recurso foi interposto por um apenado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, de forma unânime, autorizou a medida. Insatisfeito, o apenado alegou, em destaque, que a medida viola o princípio da não autoincriminação.

Ao receber o recurso, o ministro relator Gilmar Mendes apontou que em diversos sistemas jurídicos se discute os limites do poder do Estado em obter tais informações de condenados ou suspeitos, bem como inexiste uma unânime aceitação acerca da matéria, razão pela qual o seu voto era por reconhecer a repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei nº 7.210/1984, inserido pela Lei nº 12.654/2012.

Em 23/06/2016, o caso foi encaminhado ao plenário virtual, sendo reconhecida, por unanimidade, a repercussão geral da questão. Atualmente, o recurso está em processamento, de forma que ainda não há uma posição firmada do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade deste dispositivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi proposto com o objetivo de trazer à tona os principais elementos debatidos no campo jurídico em relação aos reflexos dos mecanismos instituídos através da Lei nº 12.654/2012 diante das garantias processuais penais, mas sem a pretensão de exaurir o tema por completo.

Como examinado, o processo penal é guiado por variados princípios e regras que estabelecem a política processual penal do Estado e refletem o seu momento seu político. No Brasil, houve um gradativo abandono das concepções autoritárias e, em contrapartida, um fortalecimento dos direitos individuais, com base na Constituição Federal de 1988.

As intervenções corporais realizadas sobre o corpo humano com o objetivo de encontrar informações importantes para o processo penal são medidas que geram polêmicas, suscitando debates sobre a sua legitimidade em decorrência do seu alto nível de intromissão na privacidade do indivíduo. Como visto, o meio de identificação criminal através de materiais biológicos, previsto na Lei nº 12.654/2012, demonstrou possuir inegáveis condições de agregar pontos positivos à persecução penal, facilitando identificação criminal e a produção de provas robustas, seja no sentido de confirmar ou afastar a autoria de um delito.

Por outro lado, foi possível identificar, desde insuficiências constantes no texto legal, até a existência de inconstitucionalidades, principalmente no tocante a uma possível compulsoriedade da medida, a qual não se mostrou justificada nem mesmo com o exame de proporcionalidade.

Por fim, a partir da pesquisa jurisprudencial, verificou-se que a matéria ainda é recente e pouco discutida perante o Poder Judiciário, sendo necessário aguardar por uma maior aplicação dos

institutos da Lei nº 12.654/2012, o que pode amadurecer as discussões no Poder Judiciário e esclarecer as suas controvérsias.

REFERÊNCIAS

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. **Revista Liberdades**, v. 4, p. 24-43, maio-ago. 2010. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/5/_artigo2.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. Congresso Nacional. **Decreto Legislativo nº 27, de 1992**. Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-27-26-maio-1992-358314-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. Ministério da Justiça e da Cidadania. **IV Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (Maio 2016)**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/relatorio/iv-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos-maio-2016.pdf/view>. Acesso em: 25 out. 2016.

_____. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009**. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 356.497 - MG**. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Data do julgamento: 12 maio 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=60812211&num_registro=201601280885&data=20160517>. Acesso em: 04 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.549.804 - MG**. Relator Ministro Ericson Maranho (Desembargador Convocado do TJ/SP). Data do julgamento: 03 fev. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=57217129&num_registro=201502065576&data=20160211>. Acesso em: 04 nov. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.561.468 - MG**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Data do julgamento: 10 ago. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=63962665&num_registro=201502636747&data=20160816>. Acesso em: 04 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 973.837 - MG**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Data do julgamento: 23 jun. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828210>. Acesso em: 02 nov. 2016.

CARVALHO, Diogo Machado de. **As intervenções corporais no processo penal: Entre o desprezo, o gozo e a limitação de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: Princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

EDITORIAL - Coercitiva identificação criminal pelo DNA!?. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 20, nº 238, p. 1, set. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim238.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JAQUES, Guilherme. Banco de perfis genéticos: A ciência em prol da justiça. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, ano XVII, nº 389, abr. 2013, p. 25-37.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Carlos Gustavo de Souza. **Princípios fundamentais de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no processo penal e a nova identificação criminal: Lei 12.654/2012**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18. ed. rev. e ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A Conformidade das leis processuais penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005 (E-book).

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70061747622**. Relator Desembargador Jayme Weingartner Neto. Data do julgamento: 22 out. 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70061747622%26num_processo%3D70061747622%26codEmenta%3D6001836+70061747622++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70061747622&comarca=Comarca%20de%20S%C3%A3o%20Pedro%20do%20Sul&dtJulg=22/10/2014&relator=Jayme%20Weingartner%20Neto&aba=juris>. Acesso em: 06 nov. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus nº 70066563511**. Relator Desembargador Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Data do julgamento: 03 dez. 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70066563511%26num_processo%3D70066563511%26codEmenta%3D6591903+12.654++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70066563511&comarca=Comarca%20de%20Pedro%20Os%C3%B3rio&dtJulg=03/12/2015&relator=Diogenes%20Vicente%20Hassan%20Ribeiro&aba=juris>. Acesso em: 06 nov. 2016.

SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAUTHIER, Rafael. **A identificação e a investigação criminal genética à luz dos direitos fundamentais e da Lei 12.654/12**. Curitiba: CRV, 2015.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



DIREITO 10:
INSIGHTS JURÍDICOS

978-85-7717-211-5

UNIVERSIDADE FEEVALE